

University of Groningen

## Over "hetzelfde feit" in de ne bis in idem-regel; terug naar de rechtspraak tussen 1886 en 1932?

Krabbe, H.G.M.

*Published in:*  
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2001

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

### *Citation for published version (APA):*

Krabbe, H. G. M. (2001). Over "hetzelfde feit" in de ne bis in idem-regel; terug naar de rechtspraak tussen 1886 en 1932? *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XVIII, 1-51.

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## Over “hetzelfde feit” in de ne bis in idem-regel; terug naar de rechtspraak tussen 1886 en 1932?

### *Hoofdstuk 1. Inleiding*

Het huidige wetboek van strafrecht is ingevoerd in 1886.

De ne bis in idem-regel is toen opgenomen in art 68 Sr. In het eerste lid van deze bepaling is de nationale variant ondergebracht en in het tweede lid de internationale. Verschillende andere bepalingen hebben eenzelfde werking. Dat geldt voor de transactie door het OM, die al in de wetgeving van 1886 is te vinden. De politietransactie is bij de wet van 9 januari 1958, Stb. 131 tot stand gekomen en bij de wet van 6 maart 1985, Stb. 1985, 131 is aan art 68 een derde lid toegevoegd met een internationale transactie. Het woord “feit” speelt hierin steeds een centrale rol.<sup>1</sup>

De rechtspraak van de Hoge Raad over het begrip “feit” van het eerste lid van art 68 Sr kan worden onderverdeeld in drie tijdvakken. In de huidige literatuur wordt aangenomen dat feit in art 68 Sr in de periode tussen 1886 en 1932 is uitgelegd als het materiële feit.<sup>2</sup> Dat is het gedrag van iemand dat op enig moment is geconstateerd. Daartoe kunnen meerdere tegelijkertijd begane delicten behoren. Dit is dan ook een ruime interpretatie van hetzelfde feit.

In 1932 gaat de Hoge Raad om en wordt het feitsbegrip ingrijpend gewijzigd. De Hoge Raad kiest daarna voor een zeer restrictieve uitleg van het begrip feit. Na de vaststelling van eenheid van tijd en plaats, wordt de hoofdrol vervuld door de vergelijking van de strafbare feiten. Er is slechts sprake van één feit, als de betrokken strafbare feiten, kort gezegd, dezelfde strekking hebben. Dat blijkt in de rechtspraak maar zelden het geval te zijn. Weinig beroepen op art 68 Sr komen in de rechtspraak voor honorering in aanmerking. Art 68 Sr is daarmee min of meer vleugellam geworden.

De Hoge Raad gaat vanaf ongeveer 1960 een middenkoers varen. Het hangt sindsdien af van de samenhang tussen zowel de feitelijke componenten als van het verband tussen de strafbare feiten, of hetzelfde feit wordt aangenomen. Deze middenkoers is de Hoge Raad

---

<sup>1</sup> Het feitsbegrip van art 68 Sr treffen we ook aan in het strafprocesrecht, zoals in de huidige artt 255 en 313 Sv. Art 68 Sr en recenter het beginsel van art 68 Sr of tegenwoordig de nog geformuleerd algemenere beginselen van een goede procesorde hebben dan ook een wijldvertakte invloed op het strafrecht en strafprocesrecht.

In zowel nationale als internationale varianten van ne bis in idem-regelingen is het begrip “feit” opgenomen ter afgrenzing van de reikwijdte van de ne bis in idem-regel. Art 68 eerste lid Sr is voor die regelingen steeds maatgevend geweest voor de interpretatie van het begrip “feit”.

<sup>2</sup> Zie bijv. de Jong en Knigge, *Ons Strafrecht*, deel 1, het materiële strafrecht, dertiende druk, 1998, p. 254. Zij doen een beroep op het arrest van het hof Arnhem van 1 oktober 1931, *NJ* 1932, p. 254. Idem J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, 2000, p. 524. Ik bespreek dit arrest in Hoofdstuk 6 par. 2.

gaan volgen als reactie op de beperkte uitleg van het feitsbegrip in de periode na 1932. Deze middenkoers geldt sindsdien voor het feitsbegrip van art 68 Sr.<sup>3</sup>

De rechtspraak over het feitsbegrip van art 68 Sr tussen 1886 en 1932 wordt in deze bijdrage in kaart gebracht. Daarmee is een driedelig doel beoogd. Ten eerste kan zo worden nagegaan of de huidige literatuur de rechtspraak van de Hoge Raad over het feitsbegrip uit die tijd adequaat weergeeft. Ten tweede kunnen de beweegredenen van de Hoge Raad om in 1932 van standpunt te veranderen tegen een historisch aannemelijke achtergrond worden geplaatst, waarbij de vraag gesteld kan worden waarom deze beweegredenen in de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 1954 als argument voor een restrictieve uitleg geen rol meer speelt. In de derde plaats kan zo verantwoord worden ingegaan op de mening van o.a. A.A.Franken dat het aanbeveling verdient dat de huidige rechtspraak over hetzelfde feit van art 68 Sr terugkeert naar de (ruime) opvatting van vóór 1932.<sup>4</sup> Dat zou ingrijpende gevolgen hebben voor de rechtspraak.

## *Hoofdstuk 2. Een korte wetshistorische aanloop*

Art 218 van het wetboek van strafvordering van 1838 voorzag in een op Franse leer geschoeide nationale ne bis in idem-regeling. Dit artikel hield in dat iemand die onherroepelijk was vrijgesproken niet andermaal in rechte kon worden betrokken. De bepaling was beperkt tot de vrijspraak. Dat was een overblijfsel van het stelsel van de juryrechtspraak van het toenmalige Franse recht, waarin zwaardere misdrijven voor de jury kwamen. De jury besliste over de vraag of de beschuldigde het feit had begaan. Was dat niet het geval dan werd de beschuldigde vrijgesproken. Deze vraag stond in het Franse strafprocesrecht centraal, zodat het voor de hand lag dat de nadruk op de vrijspraak viel. Wie definitief was vrijgesproken door de jury genoot de rechtsbescherming van het verbod op een tweede vervolging. Over een eerder ontslag van rechtsvervolging of veroordeling was niets geregeld.

Art 218 Sv 1838 nam de Franse ne bis in idem-bepaling over, zij het zonder het jurystelsel. In Nederland werd de jury vervangen door de onafhankelijke rechter. In het spoor van de Franse bepaling werd in art 218 Sv 1838 alleen de in kracht van gewijsde gegane vrijspraak van de rechter beschermd door de ne bis in idem-regel of beter gezegd door de nemo debet bis vexari-regel. De beklaagde was immers in de eerste vervolging niet

<sup>3</sup> Bij de eendaadse samenloop blijft de Hoge Raad zich oriënteren op het feitsbegrip van 1932; zie voor de breuk het bekende Joyrijdersarrest van 17 december 1963, *NJ* 1964, 385.

<sup>4</sup> Zie stelling 6 bij diens dissertatie *Voeging ad informandum in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem 1993. Idem de dissertatie van A.Bockwinkel, *Beschouwingen over de nieuwe leer van de Hoge Raad omtrent samenloop van strafbare feiten*, Utrecht 1953 en diens artikel 'Samenloop en ne bis in idem' in *RMT* 1965, p. 365-414.

veroordeeld maar vrijgesproken.<sup>5</sup> In dat geval kan alleen de nemo debet bis vexari-regel van toepassing zijn. In die tijd werd overigens al aangenomen dat het ontslag van rechtsvervolging onder het ne bis in idem-regime van art 218 Sv viel, omdat men zich niet kon voorstellen dat deze in kracht van gewijsde gegane beslissing van de rechter voor betwisting vatbaar was.<sup>6</sup> Dat gold kennelijk ook voor de veroordeling.

Art 10 van het WvSv gaf bovendien alle aanleiding tot een extensieve interpretatie van de beslissingen in de zin van art 218 Sv 1838. Daarin was de tekst van het internationale ne bis in idem opgenomen voor de Nederlander die door de buitenlandse rechter was vrijgesproken, ontslagen van rechtsvervolging of veroordeeld. Bij deze beslissingen van de buitenlandse rechter moest de Nederlandse rechter de internationale ne bis in idem-regel in acht nemen. De bepaling ondersteunde de opvatting van de rechtspraak dat de nationale ne bis in idem-regel bij ieder van deze drie beslissingen ook moest worden nageleefd. De toepassing van de ne bis in idem-regel bij het o.v.a.r. en de veroordeling berustte daarmee op ongeschreven recht.

Op een ander punt voorzag de wetgeving van 1838 evenmin in een algemene ne bis in idem-regeling. Er bestonden in die tijd drie soorten strafbare feiten: de criminele zaken, die overeenkomen met de huidige ernstigste misdrijven, de wanbedrijven, die samenvallen met de tegenwoordige minder ernstige misdrijven, en de overtredingen. Art 218 Sv 1838 stond in de Titel over de rechtspleging in criminele zaken. Dat zijn alleen de ernstigste misdrijven. Voor deze strafbare feiten gold onder het Franse recht het jurystelsel. De wetgever van 1838 nam deze ne bis in idem-regeling klakkeloos over uit het Franse recht, terwijl in Nederland sinds 1838 geen jurystelsel meer bestond. Voor de wanbedrijven en de overtredingen ontbrak een vergelijkbare voorziening. Toch werd in de rechtspraak de ne bis in idem-bepaling van art 218 Sv 1838 analoog toegepast op deze beide lichtere soorten strafbare feiten.<sup>7</sup>

In 1886 is het huidige wetboek van strafrecht in werking getreden. In art 68 Sr is de voorheen fragmentarische ne bis in idem-regeling uitgebouwd tot een algemene ne bis in idem-bepaling. Deze bepaling is van toepassing bij alle ter zitting gegeven beslissingen over het feit, die in kracht van gewijsde zijn gegaan. Dat zijn de beslissingen over de vraagpunten van art 350 Sr: de vrijspraak, het o.v.a.r. en de veroordeling. Ook wordt in het WvSr van 1886,

---

<sup>5</sup> De ne bis in idem-regel houdt in dat iemand niet twee keer mag worden gestraft voor hetzelfde feit; nemo debet bis vexari houdt in dat iemand niet twee keer mag worden vervolgd voor hetzelfde feit. In het huidige Nederlandse strafprocesrecht betekent dit dat de nemo debet bis vexari-regel ook geldt na een eerdere vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging. Als in de eerdere vervolging niet over het feit is beslist geldt in de latere vervolging de nemo debet bis vexari-regel niet. Men denke aan de beslissingen van de rechter in de zin van het huidige art 349 Sv. Dat is bijv. het geval als de rechter zich onbevoegd verklaart.

<sup>6</sup> Zie B. van Royen, 'Non bis in idem' in: *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1891, p. 440. Hij wijst op de intensieve bemoeienis van verschillende rechters met ernstige feiten, voordat deze feiten ter zitting aanhangig worden gemaakt. Hierdoor leek het vrijwel uitgesloten dat en bewezen feit niet kwalificeerbaar zou zijn.

<sup>7</sup> Idem p. 440.

tegelijk met de invoering van een tweedeling in misdrijven en overtredingen, in art 68 Sr geen onderscheid meer gemaakt naar het soort strafbare feit. De stand van wetgeving en rechtspraak onder het wetboek van 1838 is dus gecodificeerd in een algemeen geformuleerd artikel 68 eerste lid Sr. Deze bepaling is opgenomen in het algemeen deel van het wetboek, waarvoor art 91 Sr geldt: art 68 Sr is ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.<sup>8</sup>

Het eerste lid van art 68 Sr is sindsdien niet meer noemenswaardig veranderd.<sup>9</sup> Voor ons onderwerp is het belangrijker vast te stellen dat uit de wetsgeschiedenis van het WvSr van 1886 niet blijkt van enig verschil van mening over de uitleg van het feitsbegrip in art 68 Sr. Uit de parlementaire behandeling van het ontwerp van het WvSr blijkt dat de discussies zich toespitsen op andere onderwerpen. De gedachtewisselingen tussen Minister en Parlement hebben betrekking op een drietal onderwerpen. Zo is stilgestaan bij de vraag of bij nieuwe omstandigheden twee keer voor hetzelfde feit mag worden vervolgd. Een uitzondering op de ne bis in idem-regel bij “nova” wordt echter afgewezen. Na een in kracht van gewijsde gegane einduitspraak van de rechter over het feit moet de rechtsstrijd afgelopen zijn. Verder wordt de vraag besproken of de ne bis in idem-regeling in het wetboek van strafrecht of in dat van strafvordering moest worden opgenomen. In de wetgeving van 1838 stond de regeling in het WvSv, terwijl het ontwerp van 1881 koos voor het verzamelen van de belangrijkste algemene vervolgingsuitsluitingsgronden in een afzonderlijke Titel van het WvSr. Een van die vervolgingsuitsluitingsgronden is art 68 Sr. Tenslotte eiste het in het tweede lid van art 68 Sr ruim bemeten internationale ne bis in idem alle aandacht op. De opvallendste verandering van het tweede lid bestaat hierin dat de bepaling niet meer beperkt wordt tot Nederlanders, zoals in art 10 van het WvSv 1838 nog het geval was, maar wordt uitgebreid tot iedere persoon. Het Nederlanderschap is niet meer van belang. De ophef hierover tijdens de debatten in het Parlement hoeft trouwens geen verwondering te wekken, omdat Nederland voor die tijd een heel ruim en uniek internationaal ne bis in idem in art 68 tweede lid Sr kent. De internationale ne bis in idem-regeling van art 68 tweede lid Sr regeling valt op door haar ruimhartigheid in vergelijking met de ons omringende landen. Dat is niet alleen het geval ten aanzien van het ontbreken van uitzonderingen op de regel en het ruime feitsbegrip, maar ook door het absolute karakter van het rechtsgevolg: een niet-ontvankelijkheid van het OM.

Aan de uitleg van het feitsbegrip van art 68 Sr wordt in de parlementaire geschiedenis van de bepaling geen woord vuil gemaakt. Uit dat stilzwijgen mag worden afgeleid dat de wetgever in dat onderdeel van de bepaling geen verandering heeft willen aanbrengen ten opzichte van

<sup>8</sup> In de vierde tranche van het voorontwerp van de Commissie Scheltema van een Algemene Wet Bestuursrecht wordt het algemeen deel van het WvSr niet van toepassing geacht. Het voorontwerp treft eigen algemene regelingen bij bestuurlijke boeten. Art 68 Sr is dan ook niet rechtstreeks van toepassing.

<sup>9</sup> Wel is ‘de rechter’ gewijzigd in de rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba, gelet op de gewijzigde Koninkrijksverhoudingen sinds 1965.

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

het feitsbegrip van art 218 Sv 1838. A.G. Bosch merkt in zijn analyse van de wetsgeschiedenis van het wetboek van strafrecht van 1886 dan ook terecht op dat men in Nederland altijd afwijzend heeft gestaan tegenover de interpretatie van het begrip “feit” als “fait juridique”.<sup>10</sup> Het begrip feit in art 68 Sr berust mitsdien niet op een vergelijking van de strafbare feiten in beide vervolgingen. Feit in art 68 Sr wordt als vanzelfsprekend gezien als het materiële feit. Hoe dat begrip in concreto nader geïnterpreteerd moet worden, wordt nu bezien aan de hand van de rechtspraak van 1886 tot 1932.

Tenslotte plaats ik een enkele kanttekening vooraf over de verhouding tussen de eendaadse samenloop van art 55 Sr en het ne bis in idem van art 68 Sr. Art 55 Sr heeft betrekking op bewezen strafbare feiten in één vonnis.<sup>11</sup> Art 68 Sr veronderstelt daarentegen ongelijktijdige beslissingen, waarbij het eerste rechterlijke gewijsde consequenties heeft voor de tweede vervolging. Art 68 Sr is verder van toepassing bij elk beslissing op de hoofdvragen van art 350 Sv: de vrijspraak, het o.v.a.r. en de veroordeling. De eendaadse samenloop kan alleen van belang zijn bij meerdere bewezenverklaarde strafbare feiten.

Beide regelingen kenden heel lang een identiek feitsbegrip. Algemeen wordt aangenomen dat dit feitsbegrip tussen 1886 en 1932 voor beide bepalingen een betrekkelijk ruim feitsbegrip was. Na 1932 is dat feitsbegrip in beide bepalingen heel beperkt uitgelegd. De Hoge Raad maakt aan dezelfde uitleg van “feit” in beide bepalingen een einde in het bekende Joyridingarrest van 17 december 1963, NJ 1964, 385. Het feitsbegrip van art 68 Sr wordt verruimd op grond van de strekking van deze bepaling. Tenslotte is een belangrijk verschil gelegen in het rechtsgevolg van de toepassing van beide bepalingen. Door art 68 Sr wordt een niet-ontvankelijkheid van het OM in de tweede vervolging verkregen, terwijl de eendaadse samenloop slechts grenzen stelt aan de (kwalificatie en) de straftoemeting. Het rechtgevolg van art 68 Sr is dus veel ingrijpender dan dat van art 55 Sr.

### *Hoofdstuk 3. De gekozen indeling van de rechtspraak over het feitsbegrip tussen 1886 en 1932*

De rechtspraak over het nationale ne bis in idem kan op verschillende manieren in kaart worden gebracht. Een chronologische bespreking is een voor de hand liggende werkwijze. Zo kan de ontwikkeling van het feitsbegrip tussen 1886 en 1932 goed zichtbaar worden gemaakt. Dit is dan ook de gangbare methode.

In deze bijdrage wordt voor een andere aanpak gekozen. De rechtspraak over het feitsbegrip wordt onderzocht aan de hand van de volgende vraagstelling: wat is de aanleiding dat de ne bis in idem-regel in de rechtspraak aan bod komt? Deze vraagstelling heeft m.i. enkele voordelen. De meerwaarde van deze keuze bestaat hierin dat deze indeling

---

<sup>10</sup> A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht*, p. 193, Tjeenk Willink Zwolle 1965.

<sup>11</sup> Een uitzondering is te vinden in de bijzondere regeling van art 63 Sr.

aanvullende informatie geeft over de rechtspraak uit die tijd. Met name zal dat een rol spelen bij de vraag of de rechtspraak van de Hoge Raad in die tijd steeds zo ruimhartig is geweest als tegenwoordig wel wordt aangenomen. Bovendien kan het ‘omgaan’ van de Hoge Raad in 1932 in een meer voor de hand liggend historisch perspectief worden geplaatst. Verder kan het verband tussen het feitsbegrip van art. 68 Sr en andere relevante regelingen zichtbaar gemaakt worden. Daartoe behoren ook verschillende strafprocesrechtelijke onderwerpen, die tot nu toe onderbelicht zijn gebleven. Tenslotte kan de door sommigen bepleite terugkeer naar het “ruime” feitsbegrip van voor 1932 in een genuanceerder daglicht komen te staan.<sup>12</sup>

De volgende aanleidingen voor het twee keer vervolgen kunnen worden onderscheiden:

#### A. Teleurstellingsgevallen

De O.V.J. vervolgt de verdachte<sup>13</sup> op basis van de hem ter beschikking staande gegevens met het doel een door hem gewenste einduitspraak te bewerkstelligen. Meestal is dat een veroordeling waarbij hij zich een oordeel heeft gevormd over de strafsoort en de strafmaat. Deze opvatting blijkt met name uit zijn vordering ter zitting. Als de rechter de verdachte vrijspreekt, hem ontslaat van rechtsvervolging volgt of hem veroordeelt met een strafmaat of strafsoort waartegen de O.v.J. bezwaren heeft, staan hem in de regel rechtsmiddelen open, zoals de verdachte die weg in de regel ook moet volgen, als hij bezwaren heeft tegen een vonnis. In dit verband is het van belang vast te stellen dat tot 1926 de telastelegging ter zitting niet meer gewijzigd kon worden. In het WvSv van 1926 ligt dat anders. Toen is in art 313 tweede lid in het WvSv opgenomen. Daarin staat dat het OM de telastelegging ter zitting voor het requisitoir in eerste aanleg mag wijzigen na toestemming van de rechter.<sup>14</sup> Daardoor is in verschillende gevallen het door het OM beoogde doel alsnog in de eerste vervolging te bereiken. Het effect van deze wetswijziging is in elk geval dat het minder vaak voorkomt dat het OM middels een tweede vervolging alsnog zijn gelijk probeert te halen.

Als het OM via rechtsmiddelen geen gehoor vindt bij de rechter, kan worden besloten te vervolgen voor een feit waarvan het OM aanneemt dat het niet hetzelfde feit is in de zin van art 68 Sr. Of er dan inderdaad geen sprake is van hetzelfde feit moet door de rechter worden beslist.

De aanleidingen om opnieuw te vervolgen kunnen bij teleurstellingsgevallen uiteenlopen. Drie aanleidingen komen in aanmerking in de rechtspraak. Het OM maakt een

---

<sup>12</sup> Zie eerder noot 3.

<sup>13</sup> In het WvSv van 1926 is de “beklaagde” vervangen door de “verdachte”. Ik bezig in deze bijdrage eenvoudigheidshalve het begrip “verdachte”. Dat hangt samen met de inrichting van deze bijdrage; deze is niet chronologisch maar thematisch. Verder veronderstel ik in deze bijdrage dat er een rechterlijk gewijsde voorligt in de eerste zaak. Dat is uiteraard anders als daarop wordt gewezen.

<sup>14</sup> Door de wetswijziging van 14 september 1995, NJ 1995, 441 is die wijziging ook in de fase van het hoger beroep mogelijk geworden.

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

vergissing bij het formuleren van de telastelegging in de eerste vervolging. Er kan verder een onoverbrugbaar verschil bestaan tussen OM en rechter in de beoordeling van de omstandigheden van het geval. Dat verschil kan gelegen zijn in de gebeurtenis dan wel in de tijd of de plaats. Ook kan het verschil in uitleg van het recht soms het verschil tussen OM en rechter verklaren. Verder kunnen nieuwe gegevens, die niet meer in de eerste vervolging meegenomen kunnen worden, de aanleiding vormen voor een tweede vervolging. Tot die nieuwe gegevens kunnen zowel nieuwe feitelijke gegevens als veranderingen in het recht worden gerekend.<sup>15</sup> En tenslotte kan de teleurstelling van het OM over een veroordelende einduitspraak van de rechter hierin bestaan dat het OM teleurgesteld is over de uiteindelijk opgelegde straf of maatregel. Het OM kan dan besluiten weer te vervolgen, maar nu voor een z.i. ander feit in de zin van art 68 Sr.

### B. De op meerdere momenten geconstateerde feiten

Wie op het ene moment geverbaliseerd wordt voor een strafbaar feit en enige tijd later nog eens voor hetzelfde of vrijwel hetzelfde nogmaals geconstateerde strafbare feit zal in de regel weinig kans van slagen hebben bij de rechter door een beroep te doen op de op de ne bis in idem-regel als beide feiten afzonderlijk worden berecht. Toch wordt in dergelijke gevallen in cassatiemiddelen regelmatig een beroep gedaan op art. 68 Sr. De reden van het falen van een dergelijk beroep is meestal hierin gelegen dat het in deze gevallen gaat om gevallen waarin de feitelijke identiteit ontbreekt. Maar de zaak ligt wellicht anders als iemand twee keer binnen korte tijd wordt geverbaliseerd of als zich geen verandering heeft voorgedaan in een voortdurende toestand. De vraag kan dan gesteld worden of hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr mogelijk is en of het daarbij van belang is of de verdachte in de tussentijd de gelegenheid heeft gehad in te grijpen in de verboden toestand om alsnog te voldoen aan de wet.

### C. Competentieperikelen

De laatste en tevens belangrijkste aanleiding voor het herhaald vervolgen wordt gevormd door competentieregels. Vrijwel steeds gaat het dan om een verdeling in rechtsmacht, die ertoe leidt dat het OM strafbare feiten, die op dezelfde tijd en plaats zijn begaan, bij verschillende rechters moet aanbrengen. Meestal gaat het in de tijd tussen 1886 en 1932 om verwikkelingen rond de absolute competentie. Deze competentie is in hoofdzaak geregeld in de Wet op de Rechterlijke Organisatie, terwijl andere wetten daarop aanvullingen geven. Tot die andere wetten worden o.a. de Wetboeken van Strafvordering van voor en na 1926 gerekend. Op grond van de artt 44 en 56 RO zijn de kantongerechten in die tijd grosso modo bevoegd voor overtredingen en de rechtbanken voor misdrijven. Op het eerste gezicht moet dat bij het samengaan van een misdrijf met een overtreding wel leiden tot meerdere vervolgingen: een-

---

<sup>15</sup> Zie voor een vonnis over een verandering in het recht bijv. de kantonrechter Amsterdam 12 september 1921, *NJ* 1921, p. 1074, *W* 10838.



maal voor de overtreding en eenmaal voor het misdrijf. Art 349 tweede lid Sv kent in de periode van 1886 tot 1932 echter een mechanisme, waardoor de rechtbank in veel gevallen bevoegd is ook de overtredingen te behandelen.

Niet alleen regels van absolute competentie kunnen aanleiding geven tot bis in idem-situaties, dat is ook mogelijk door regels van relatieve competentie. Maar omdat deze competentieregels in de artt 2 tot en met 6 Sv betrekkelijk ruim zijn geformuleerd en samenhangende strafbare feiten normaliter in een keer kunnen worden berecht, komt het tussen 1886 en 1932 zelden voor dat de ne bis in idem-regel in beeld komt in verband met verwickelingen rond de relatieve competentie. Bovendien bestaan er in die tijd nog niet veel bijzondere rechtsgangen in de rechterlijke organisatie.<sup>16</sup>

Bij deze competentierechtspraak moet nog een opmerking worden gemaakt. Het komt regelmatig voor dat de competentieregels een berechting in een keer wel mogelijk maken, maar dat in de voorfase ongelukkig geanticipeerd is op die regels. Men denke, om een extreem voorbeeld te noemen, aan de opsporingsambtenaar die twee p-v's heeft opgemaakt, het een ter zake van het misdrijf voor de rechtbank en het ander ter zake van de overtreding voor de kantonrechter, terwijl de rechtbank op grond van art 349 tweede lid Sv die feiten in een keer kan berechten. Deze bepaling kan dan niet toegepast worden omdat de beide p-v's van de opsporingsambtenaar verschillende wegen in het rechtsbedrijf zijn gaan volgen.

Het overgrote deel van de te behandelen rechtspraak kan ondergebracht worden in een van de drie genoemde categorieën. Maar in sommige rechterlijke beslissingen ligt dat niet zo eenvoudig. Zo is het bijv. niet altijd duidelijk of een tweede vervolging is uitgelokt door de teleurstelling van het OM over de einduitspraak in de eerste zaak of wordt veroorzaakt door de onmogelijkheid de beide feiten in een keer te berechten. Ook kan ongelukkig zijn geanticipeerd op competentieregels. Ik zal die rechtspraak onderbrengen bij de categorie die het meest voor de hand ligt.

#### *Hoofdstuk 4. Teleurstellingsrechtspraak*

##### *4.1. Onjuiste vermeldingen van tijd en plaats*

Voordat ik inga op deze rechtspraak moeten enkele opmerkingen gemaakt worden over de ruimte die de rechter in de eerste vervolging heeft als hij meent dat het OM een verkeerde

---

<sup>16</sup> Men denke in die tijd aan het samengaan van een commune en fiscale overtreding. Terzake van fiscale overtredingen is de rechtbank bevoegd en voor commune overtredingen in de regel de kantonrechter. Een strikte competentieverdeling binnen hetzelfde gerecht is te vinden in de WED van 22 juni 1950: de economische rechter werd toen binnen de rechtbank exclusief bevoegd ter zake van economische delicten. Daardoor konden samenhangende commune en economische feiten niet in een keer berecht worden. Door de wetwijziging van 23 april 1986, Stb. 1986, 202 zijn de artt. 39 derde lid WED en art 56 vierde lid RO zo aangepast dat samenhangende feiten door dezelfde rechter kunnen worden behandeld.

plaats- of tijdsaanduiding in de telastelegging heeft opgenomen. Er is dan blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad een marge voor de rechter ter zitting of in het vonnis ongelukken in de telastelegging te herstellen. Daarvan is door de rechter met name vóór 1926 regelmatig gebruik gemaakt. Dat is in zoverre begrijpelijk omdat in 1926 een nieuw wetboek van strafvordering is ingevoerd, waarin art 313 tweede lid is opgenomen. Deze bepaling staat het OM toe de dagvaarding te wijzigen voor het requisitoir ter zitting in eerste aanleg, als de rechter deze vordering toewijst. Deze bepaling heeft er voor gezorgd dat het OM ter zitting in eerste aanleg wijzigingen in tijd en plaats in de telastelegging kan aanbrengen. Dit is dan ook voor het OM de weg geworden vergissingen in de plaats- of tijdsvermelding te herstellen. Onder het oude wetboek van strafvordering van 1838 ontbrak deze faciliteit. Daardoor werd de rechter eerder uitgelokt ruimhartig om te gaan met ongelukkige telasteleggingen van tijd of plaats. Dat kan door het verbeterd lezen van de telastelegging of door zelfstandig de tijd of plaats te veranderen, waarbij de rechter zich niet altijd strikt houdt aan de grondslag van de telastelegging. De gevonden rechtspraak van vóór 1926 geeft niet altijd uitsluitsel over de gekozen weg.

Ik geef enkele voorbeelden. Eerst een tweetal arresten over de tijdsvermelding. In HR 4 november 1895, W 6736 wordt in de telastelegging als datum genoemd 18 september, bewezen wordt verklaard 19 september. De Hoge Raad ziet in dit “kleine tijdsverschil” geen grond om te casseren, zonder de rechtsgrond hiervoor aan te geven. Idem HR 20 april 1891, W 6803 waarin 4 oktober is telastegelegd en 9 oktober bewezen wordt verklaard. In dit geval geeft de feitenrechter aan dat kennelijk een schrijffout is gemaakt. Deze verbeterde lezing geeft de Hoge Raad geen aanleiding te casseren. Ook ten aanzien van de plaatsvermelding is een voorbeeld vermeldenswaard. In HR 24 november 1919, NJ 1919 blz 1222 is Azewijn als plaats in de telastelegging opgenomen, terwijl een andere plaats namelijk Doetinchem bewezen wordt verklaard. De Hoge Raad acht ook in dit geval de grondslag van de telastelegging niet verlaten. Toch acht de Hoge Raad niet elke verandering door de rechter in tijd of plaats aanvaardbaar. Zie bijv. 27 mei 1907, W 8555 waarin de rechter de Zuidweg wijzigt in de Hoogwerf. Daarin ziet de Hoge Raad wel een grondslagverlating.

In 1926 wordt het nieuwe WvSv ingevoerd. Daarin wordt art 313 tweede lid opgenomen, waarin het OM de ruimte wordt geboden ter zitting wijzigingen aan te brengen in de telastelegging. De Hoge Raad wordt daarna aanvankelijk iets minder royaal voor de rechter. Zie bijv. HR 22 juni 1931, NJ 1932, blz 116, waarin de rechter, kort samengevat, het rijwielpad niet mag veranderen in de rijweg, omdat de Hoge Raad hierin een grondslagverlating ziet. Een belangrijk argument voor deze opvatting is in dit arrest voor de Hoge Raad gelegen in de taakverdeling tussen OM en rechter die o.a. door het nieuwe art 313 tweede lid Sv is vastgelegd. Ik kom in het laatste hoofdstuk terug op deze rolverdeling tussen OM en rechter.

Als herstelacties tijdens de eerste vervolging niet baten kan het OM nogmaals gaan vervolgen met een juiste plaats- of tijdsaanduiding in de telastelegging. Dan rijst de vraag of deze tweede vervolging afstuit op art 68 Sr omdat daarin hetzelfde feit aan de orde wordt gesteld als in de eerste vervolging.

In het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 1899, W 7239, inzake de Eierlandse gronden speelt voor het eerst na de invoering van het WvSr in 1886 de vraag of art 68 Sr van toepassing is bij een onjuiste plaatsaanduiding in de telastelegging. Mag het OM in een tweede vervolging door een juiste plaatsvermelding deze fout herstellen? Eerst zijn enkele mannen vrijgesproken van de bezetting van een schip in het Eierlandsche gat in de Zuyderzee, althans onder of nabij de gemeente Texel; art 138 Sr. De vrijspraak berust hierop dat de plaats van handeling de Eierlandsche gronden in de Noordzee blijkt te zijn. De rechtbank Alkmaar veroordeelt de mannen, met aanpassing van de onjuiste plaatsvermelding. Het gerechtshof Amsterdam vernietigt dit vonnis en spreekt de bezetters vrij.<sup>17</sup> De OvJ dagvaardt de bezetters daarna opnieuw. Alleen de plaatsaanduiding is veranderd. Rechtbank en hof verklaren art 68 Sr niet van toepassing, omdat door de verandering van de plaatsvermelding in de telastelegging van de tweede vervolging een ander gebeuren aan de orde wordt gesteld. De Hoge Raad ziet dat echter anders. Er is z.i. sprake van hetzelfde feit. Daarvoor stelt de Hoge Raad eerst vast dat uit het arrest van het gerechtshof is gebleken dat beide vervolgingen betrekking hebben op een en dezelfde huisvredebreuk. Alleen de aanduiding van de plaats verschilt. Maar dit verschil neemt volgens de Hoge Raad de identiteit van beide voorwerpen van onderzoek niet weg. Aan beide vervolgingen ligt immers hetzelfde feitenmateriaal ten grondslag, zoals uit het arrest van het hof blijkt. Daarom is art 68 Sr van toepassing.

Aan de verschillen tussen rechtbank en hof enerzijds en de Hoge Raad anderzijds ligt een uiteenlopende werkwijze ten grondslag. Rechtbank en hof nemen de telastelegging van de tweede vervolging als vertrekpunt en toetsen deze aan de voorstelling van zaken in de eerste dagvaarding. Deze beperking laat andere gegevens buiten beschouwing, die kunnen wijzen op identiteit van beide zaken. Door het verschil in plaatsvermelding presenteren de telasteleggingen twee heel verschillende gebeurtenissen. Daarom is toepassing van art 68 Sr uitgesloten.

De Hoge Raad neemt eveneens de tweede telastelegging als uitgangspunt, maar toetst deze niet aan de voorstelling van zaken van de eerste vervolging, maar betreft daarbij alle gegevens uit de feitelijke aanleg die in cassatie vaststaan. Dat is in deze zaak de feitelijke vaststelling van het hof dat aan beide vervolgingen hetzelfde feitenmateriaal ten grondslag ligt. Hierdoor valt het door de telasteleggingen opgeroepen verschil weg. Vergissingen in de plaatsaanduiding van de eerste telastelegging kunnen niet gerepareerd worden door een tweede vervolging waarin de fout hersteld wordt. De Hoge Raad verwerpt hiermee de opvatting dat vergissingen in de plaatsaanduiding in de eerste telastelegging door een tweede

---

<sup>17</sup> Ook de plaatsvermelding de Eierlandse gronden nabij de gemeente Texel vond geen genade bij het Hof!

vervolgning recht getrokken kunnen worden met gebruikmaking van de voorstellingstheorie.<sup>18</sup> De feitelijke eenzelveigheid zoals vastgesteld door de feitenrechter is beslissend.

In een tweetal andere arresten met verschillende tijdsaanduidingen in de beide telasteleggingen doen zich vergelijkbare vragen voor.

In het arrest van de Hoge Raad van 7 november 1904, W 8138 krijgt een knecht in een meelfabriek een contragewicht op zijn voet bij het wegen van zakken meel, waardoor hij tijdelijk arbeidsongeschikt raakt. Zijn werkgever moet daarvan binnen 3 dagen kennis geven aan de burgemeester, maar voldoet niet aan die verplichting. De werkgever wordt daarom gedagvaard voor art 12 van de Veiligheidswet. In de eerste vervolging vermeldt de telastelegging als tijdstip van het ongeluk 5 november 1903. De kantonrechter spreekt hiervan vrij omdat het ongeval niet heeft plaatsgevonden op 5 november maar op 5 december. Daarna wordt hij weer vervolgd maar nu met een juiste tijdsvermelding. De kantonrechter veroordeelt de werkgever. De rechtbank verklaart in hoger beroep het OM niet ontvankelijk, omdat de telasteleggingen op de tijdsvermelding na identiek zijn, vaststaat dat de knecht slechts één ongeluk is overkomen en de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht in beide vervolgingen de bedoeling heeft gehad dezelfde niet-tijdige aanmelding te vervolgen. De in de eerste vervolging gemaakte fout kan niet middels een tweede vervolging worden hersteld. Art 68 Sr verhindert dat. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan. Feitelijk heeft de rechtbank vastgesteld dat beide vervolgingen betrekking hebben op hetzelfde ongeval, ondanks de vermelding in beide telasteleggingen van verschillende tijdstippen. Dit verschil in tijdsvermeldingen kan de “feitelijke eenzelveigheid van het feit” niet wegnemen. Evenals bij de vergissingen in de plaatsaanduiding in de eerste vervolging toetst de Hoge Raad het feitsbegrip van art 68 Sr aan de feitelijke identiteit van beide te laste gelegde feiten, zoals de feitenrechter die heeft vastgesteld. Het verschil in tijdsaanduidingen door de telasteleggingen kan die identiteit niet wegnemen, nu de eerste telastelegging op een vergissing berust.

De bedoeling van het OM speelt eveneens een rol in het arrest van de Hoge Raad van 1 december 1930, NJ 1931, blz 1035. Een vader zou ontuchtige handelingen hebben gepleegd met zijn minderjarige dochter. In de eerste vervolging vermeldt de telastelegging als periode van de ontucht het tijdvak van juli 1928 tot maart 1929. Ter zitting blijkt echter uit verschillende getuigenverklaringen dat de ontucht is gepleegd in het tijdvak van juli 1927 tot maart 1928, een jaar eerder dus. Het hof den Bosch spreekt de vader daarom in hoger beroep vrij. Hierna wordt de vader opnieuw vervolgd, nu met de juiste tijdsvermelding. Na een veroordeling door de rechtbank Breda, verklaart het hof den Bosch het OM niet-ontvankelijk, omdat art 68 Sr is geschonden nu er sprake is van hetzelfde feit. Het hof wijst er in dit verband op dat het OM de bedoeling heeft gehad met beide vervolgingen dezelfde feiten aan de rechter voor te leggen. De Hoge Raad casseert dit arrest niet en overweegt nog dat het verschil in tijdsvermelding de “feitelijke eenzelveigheid” niet kan wegnemen. De Hoge Raad volgt hiermee de eerdere rechtspraak over vergissingen in de tijd- of

<sup>18</sup> In het daarna gewezen arrest van 29 april 1907, W 8539 herhaalt de Hoge Raad zijn opvatting.

plaatsvermelding in de eerste telastelegging, als de rechter in feitelijke aanleg de “feitelijke eenzelveigheid” heeft vastgesteld. Niet de vergelijking van de beide telasteleggingen sec is voor de Hoge Raad bepalend maar de daaraan ten grondslag liggende “feitelijke eenzelveigheid”, die door de feitenrechter is aangenomen. Dat kan de Hoge Raad cassatie-technisch alleen als die “feitelijke eenzelveigheid” in feitelijke aanleg is vastgesteld.

#### Conclusies van paragraaf 4.1

De conclusie van deze paragraaf luidt dat een in de eerste telastelegging verkeerd vermelde plaats- of tijdsaanduiding, in een tweede vervolging afstuit op art 68 Sr als daarin alsnog de juiste tijd of plaats in de telastelegging is vermeld. Als de feitenrechter “de feitelijke eenzelveigheid” van beide vervolgingen heeft aangenomen is dat voor de Hoge Raad beslissend en niet de verschillen in tijd of plaats van de beide telasteleggingen. Sinds 1926 levert art 313 Sv een belangrijke bijdrage te voorkomen dat het tot een tweede vervolging komt.

#### 4.2. De overige onderdelen van de telasteleggingen

Het arrest van de Hoge Raad van 13 april 1891, W 6020 is een van de belangrijkste beslissingen over het feitsbegrip tussen 1886 en 1932, omdat dit arrest een trendsetter is. Een kleermakersknecht wordt eerst telastegelegd dat hij zich gouden horloges heeft laten afgeven door een juwelier, valselyk voorgevend dat zijn baas de horloges op zicht wilde hebben. Van deze oplichting van de juwelier wordt de verdachte vrijgesproken, omdat zijn baas de bewuste opdracht wel blijkt te hebben gegeven. Vervolgens wordt hij opnieuw vervolgd, nu voor verduistering van de horloges. Hij heeft immers de horloges na de afgifte door de juwelier niet aan zijn baas gegeven, maar ze zonder toestemming van zijn baas te gelde gemaakt. In feitelijke aanleg wordt het OM niet-ontvankelijk verklaard omdat beide vervolgingen dezelfde materiële handeling zouden betreffen. Volgens het hof bestaat deze handeling hierin dat de knecht de horloges op een en dezelfde tijd en plaats heeft onttrokken aan zijn baas. Het hof leest het feit van art 68 Sr als dezelfde materiële handeling en volstaat niet met een vergelijking van de beide telastegelegde handelingen. Had het Hof de telastegelegde handelingen vergeleken, dan zou dat ongetwijfeld niet hetzelfde feit hebben opgeleverd; de oplichting van de juwelier is een andere handeling dan de daarna begane onttrekking van de horloges aan zijn baas. Hiermee hanteert het hof hetzelfde criterium als de Hoge Raad bezigt bij missers in de eerste telastelegging ten aanzien van de tijd en de plaats. De feitelijke eenzelveigheid, hier zelfs dezelfde materiële handeling, is beslissend, ook al formuleren de beide telasteleggingen verschillende handelingen.

De A-G van Maanen neemt een standpunt in dat ver af ligt van die van de feitenrechter. Hij erkent weliswaar dat hetzelfde feitencomplex aan de beide vervolgingen ten grondslag ligt, maar hij acht dat niet doorslaggevend. Voor de vraag of art 68 Sr toegepast moet worden kiest hij op twee punten voor een andere invalshoek. Beslissend is z.i. alleen de vergelijking van de teksten van beide telasteleggingen. Voor art 68 Sr is het z.i.nodig dat deze vergelij-

king er vervolgens in moet resulteren dat de telasteleggingen zowel feitelijk als juridisch niet van elkaar verschillen. Dat is in dit geval z.i. niet zo, omdat in juridisch opzicht verduistering iets anders is dan oplichting.

Deze tegenstelling op deze twee punten over het feitsbegrip van art 68 Sr, zet de zaak voor de Hoge Raad op scherp. De Hoge Raad gaat mee met de A-G voorzover uitsluitend de beide telasteleggingen met elkaar worden vergeleken. De Hoge Raad betreft het feitencomplex dat daar achter zit dan ook niet in de vergelijking. Maar ten aanzien van de vraag of naast de feitelijke kant die vermeld wordt in de telasteleggingen ook de juridische kant van de zaak van belang is volgt de Hoge Raad de A-G niet. De Hoge Raad schaart zich hierin aan de zijde van de feitenrechter: alleen de vraag of dezelfde handeling is telastegelegd bepaalt of een feit in de zin van art 68 Sr aanwezig is. De juridische invalshoek is niet van belang. In deze zaak is al met al voor de Hoge Raad beslissend of in de beide telasteleggingen dezelfde handeling is opgenomen. Die zijn in dit geval niet identiek.

Hierdoor ontstaat een opmerkelijke tweedeling in de rechtspraak van de Hoge Raad als de rechtspraak over plaats en tijd van de vorig paragraaf wordt vergeleken met die over de gedraging of handeling. In de rechtspraak van de Hoge Raad over plaats en tijd zijn de telastegelegde tijden en plaatsen niet beslissend maar de feitelijke eenzelligheid. In de handelingsrechtspraak zijn de telastegelegde gedragingen of handelingen wel doorslaggevend. Dit brengt met zich mee dat de arresten van de Hoge Raad tussen 1886 en 1932 over tijd en plaats enerzijds en de gedraging anderzijds van elkaar moeten worden onderscheiden.<sup>19</sup>

Verder kan gewezen worden op twee beslissingen in de lagere rechtspraak over de handeling of gedraging, waarin de tweede vervolging gebaseerd is op de teleurstelling van het OM over de uitkomst van de eerste vervolging. Ten eerste wordt gewezen op het arrest van het gerechtshof Arnhem van 12 oktober 1892, W 6281. In dit geval heeft volgens de eerste telastelegging een oudere man uit Bemmelen ontuchtige handelingen gepleegd met een elfjarig meisje door in een elzenhaag met dat meisje op de grond te gaan liggen en haar vervolgens ontuchtig te betasten. Hij wordt vrijgesproken op basis van de verklaring van het meisje dat geen ontuchtige handelingen hebben plaatsgevonden omdat hij door voorbijgangers is gestoord. In de tweede vervolging wordt de grijsaard vervolgd voor een poging tot dezelfde ontucht door zich naar de elzenhaag te begeven en daar naast het meisje te gaan liggen, terwijl de uitvoering van de ontuchtige handelingen niet is gevolgd door het ter plekke verschijnen van voorbijgangers. Het hof acht art 68 Sr niet van toepassing, omdat het feit noch feitelijk noch juridisch hetzelfde is. Het Hof verklaart het OM ontvankelijk in de tweede vervolging. In vergelijking met het kort daarvoor gewezen arrest van de Hoge Raad van 13 april 1891, W 6020 valt het op dat het hof waarde toekent aan de juridische kant van de zaak. Dat is nadrukkelijk niet van belang geacht in het arrest van de Hoge Raad.

---

<sup>19</sup> Zie bijv. Noyon-Langemeijer-Remmelink, commentaar bij art 68 aant. 4, p. 489, suppl 97, juni 1998.

Bovendien meent het hof dat het feit materieel ook niet hetzelfde is. Hiermee geeft het Hof aan de beide vervolgingen te toetsen aan de feitelijke gang van zaken.

Bij de gedraging wordt in het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 13 april 1891, W 6020 de vergelijking echter uitgevoerd op basis van de telastegelegde handelingen. Bij dat criterium zou er heel goed eenzelfde feit aangenomen kunnen worden, omdat de tweede telastelegging hetzelfde gedrag beschrijft als de eerste. Alleen de uitvoering van de ontuchtige handelingen is weggefallen. In dit geval is het in de lijn van het arrest van de Hoge Raad m.i. niet meer mogelijk na de vrijspraak alsnog te vervolgen voor de poging, omdat dezelfde gedragingen worden telastegelegd met uitzondering van de uitvoeringshandeling. Dat is zelfs een gedraging minder dan in de eerste vervolging. Dit betekent m.i. niet dat bij dit criterium van de Hoge Raad in de verhouding tussen de poging en het voltooide delict nooit hetzelfde feit aangenomen kan worden. Dat kan worden toegelicht aan de hand van het geval dat eerst voor de poging is vervolgd en daarna voor het voltooide delict. In dat geval zijn meer handelingen in de tweede telastelegging opgenomen dan in de eerste. Daarom is het m.i. ook goed mogelijk dat bij het “telastegelegde handelingscriterium” van de Hoge Raad in de verhouding tussen poging en voltooid delict hetzelfde feit ex art 68 Sr ontbreekt. Dat zal met name kunnen als eerst de poging en daarna het voltooide delict wordt telastegelegd. Dan worden voor het voltooide delict immers meer gedragingen telastegelegd dan voor de poging in de eerste vervolging. Daarover ontbreekt echter rechtspraak van de Hoge Raad binnen deze categorie.

De tweede beslissing is de sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 10 oktober 1916, NJ 1916, blz 1291. Een militair wordt eerste verweten dat hij dekens verduisterd zou hebben. Hij zou de hem van Rijksweg te beschikking gestelde dekens namelijk verkocht hebben. Omdat hij deze dekens niet zelf verkocht heeft wordt hij daarvan vrijgesproken. Daarna wordt hij vervolgd voor het voordeel trekken uit de verkoop van de dekens, door van de verkoper twee gulden aan te nemen. De krijgsraad den Haag ziet in deze heling hetzelfde feit, omdat beide telasteleggingen het aandeel van de soldaat in de verkoop van de dekens beschrijven. Daarom betreffen de beide telasteleggingen dezelfde materiële handeling, ook al zijn de juridische aspecten verschillend. Deze leveren namelijk resp. verduistering en heling op. Het HMG slaat een andere weg in. Uit de beide telasteleggingen blijkt volgens het HMG dat het niet kan gaan om hetzelfde materiële feit, omdat het telastegelegde aannemen van twee gulden in de tijd gezien niet kan samenvallen met het eerst telastegelegde verkopen. Daar voegt het HMG aan toe, dat de telastegelegde handelingen elkaar zelfs uitsluiten.

Deze sententie ligt in de lijn van het arrest van de Hoge Raad van 14 maart 1891 W 6020 voorzover het Hof de telastegelegde handelingen vergelijkt. De slotsom van het Hof dat er geen sprake is van hetzelfde feit sluit daar eveneens bij aan.

De overweging van het Hof dat de beide misdrijven elkaar zelfs uitsluiten is in dit geval bruikbaar omdat het alternatieve karakter in de telastegelegde handelingen ligt opgesloten. De telastegelegde handelingen moeten immers volgens het arrest van de Hoge Raad van 1891 worden vergeleken.

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

Tenslotte wordt kort gewezen op de feitscriteria in twee rechtbankvonnissen. De rechtbank Groningen 4 juni 1891 W 6092, neemt hetzelfde feit aan op grond van dezelfde materiële gedraging. Op grond van het kort daarvoor gewezen arrest van de Hoge Raad van 13 april 1891 W 6020 had de rechtbank echter de beide telasteleggingen moeten vergelijken en dan zou hetzelfde feit hebben ontbroken. De rechtbank Zutphen 27 september 1905, W 8361, neemt m.i. ten onrechte aan dat in beide telasteleggingen hetzelfde gedrag is opgenomen; dat is echter resp. het slachten zonder vooraf accijns te betalen en het verzuim van de aangifte van een noodslachting achteraf.

Omdat de telastegelegde gedragingen of handelingen in de opvatting van de Hoge Raad moeten worden vergeleken om te bepalen of er sprake is van hetzelfde feit, is hetzelfde feit uitgesloten bij een andere telastegelegde gedraging of handeling.

Het verschil tussen de beide telasteleggingen kan tenslotte gelegen zijn in begeleidende omstandigheden. Dat zijn meestal begeleidende strafrechtelijke omstandigheden. Een goede illustratie hiervan is te vinden in Hoge Raad 13 april 1891, W 6022. Een boerenknecht uit Uihuijzerveen pleegt huisvredebruik door wederrechtelijk te overnachten in een boerderij. Door een vergissing van de OvJ is in de eerste telastelegging het wederrechtelijke karakter niet opgenomen. De knecht wordt daarom ontslagen van rechtsvervolging. In de tweede vervolging wordt dit manco hersteld door toevoeging van de woorden “zonder dat hij enig recht daartoe had”. In feitelijke aanleg wordt het OM niet-ontvankelijk verklaard, omdat de telasteleggingen identiek zijn op de wederrechtelijkheid na. Als beslissend is of de beide telasteleggingen hetzelfde strafbare feit aan de orde stellen, zoals de A-G van Maanen in zijn conclusie bepleit, kan niet hetzelfde feit worden aangenomen, omdat in de eerste vervolging nu eenmaal geen strafbaar feit is telastegelegd. Hierdoor zou in die tijd art 68 Sr regelmatig niet van toepassing zijn omdat niet hetzelfde strafbare feit aan de orde wordt gesteld. De Hoge Raad maakt echter korte metten met dat standpunt en ziet in de beide telasteleggingen hetzelfde feit. Dit arrest ligt in het verlengde van het op dezelfde dag gewezen W 6020. In W 6020 sluiten de uiteenlopende telastegelegde handelingen hetzelfde feit uit, in W 6022 bestaat het verschil tussen de telasteleggingen alleen in een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid, zodat er sprake blijft van dezelfde handeling en daarmee van hetzelfde feit. De Hoge Raad ziet in W 6022 dan ook geen reden het arrest van het hof te casseren, waarin deze hetzelfde feit heeft aangenomen. Verschillen in begeleidende strafrechtelijk relevante omstandigheden zijn volgens de Hoge Raad voor het bepalen van hetzelfde feit ex art 68 Sr niet van belang. Alleen de telastegelegde gedragingen of handelingen worden vergeleken.

Hoe ruim dat gedragings- of handelingsbegrip moet worden genomen is hiermee nog niet helemaal duidelijk. Moet daarin ook het lijdend voorwerp of het meewerkend voorwerp van de gedraging betrokken worden? In hoofdstuk 6 wordt daarop ingegaan aan de hand van de daar aangetroffen rechtspraak.

Verder maak ik melding van enkele rechtbankvonnissen in dezelfde zin als de Hoge Raad over bijkomende strafrechtelijke voorwaarden: rechtbank Breda 21 december 1893, W 6437 toen de OvJ gelet op art 55 lid 2 Sr in de eerste telastelegging i.v.m art 249 Sr was



vergeten op te nemen dat de minderjarige aan zijn zorg was toevertrouwd, rechtbank Middelburg 15 mei 1896, W 6821 na een o.v.a.r. wegens het ontbreken van het bestanddeel “zonder vergunning” in de telastelegging, rechtbank Maastricht 2 december 1924, NJ 1925, blz. 304 toen het o.v.a.r. berustte op het ontbreken van de vermelding dat het pand een winkel was en rechtbank Amsterdam 28 december 1928, W 11932 toen het o.v.a.r. waarschijnlijk tot stand was gekomen omdat de telastegelegde arbeidslijst geen wettelijk arbeidsregister was. Zie ook kantonrechter Amsterdam 10 september 1921, NJ 1921, blz 1074 na een o.v.a.r. wegens een verandering van wetgeving.

Tenslotte maak ik nog een cassatietechnische opmerking. Door in het arrest van 13 april 1891, W 6020 de telastegelegde gedragingen te vergelijken heeft de Hoge Raad als cassatierechter betrekkelijk weinig hinder van de toentertijd bestaande “papieren muur”, omdat de door de feitenrechter uitgelegde telasteleggingen in de cassatieprocedure beschikbaar zijn. Dat ligt vaak anders bij gegevens die nodig zijn voor het bepalen van dezelfde materiële gebeurtenis of gedraging. Daarop heeft de cassatierechter veel minder greep. Slechts bij verschillen in de aanduiding van plaats en tijd zoals besproken in par. 4.1 worden niet de telastegelegde gedragingen vergeleken maar wordt de “feitelijke eenzelveheid” onderzocht. Hierbij sluit aan dat de Hoge Raad als cassatierechter bij de plaats- en tijdspraak alleen hetzelfde feit aanneemt, als de feitenrechter de “feitelijke eenzelveheid” heeft vastgesteld.

#### Conclusies van paragraaf 4.2

Hoofregel is dat onder hetzelfde feit dezelfde gedraging of handeling inclusief het lijdend voorwerp wordt verstaan. Zie HR 13 april 1891, W 6020. Deze gedraging moet worden beoordeeld op basis van de vergelijking van de beide telasteggingen. Bijkomende strafrechtelijke voorwaarden worden bij die vergelijking buiten beschouwing gelaten, zoals uit HR 3 april 1891, W 6022 blijkt. De Hoge Raad nam in dit arrest dan ook hetzelfde feit aan.

Door in HR 13 april 1891, W 6020 de telastegelegde gedragingen met elkaar te vergelijken valt de reikwijdte van het feitsbegrip van art 68 Sr veel beperkter uit dan wanneer uitgegaan zou worden van hetzelfde materiële feit. In hoofdstuk 6 zal blijken dat de Hoge Raad deze vergelijking over de gehele linie tot kort voor 1932 volgt.

Hierop bestaat een belangrijke uitzondering, zoals in paragraaf 4.1 is vastgesteld. Bij verschillen tussen de telasteleggingen in de plaats- of tijdsvermelding, moet hetzelfde feit worden aangenomen als er volgens de feitenrechter sprake is van “feitelijke eenzelveheid”. Die feitelijke eenzelveheid wordt aangenomen buiten de telasteleggingen om. Bij missers in de tijd of plaats in de eerste vervolging is dus bij wijze van uitzondering het materiele gebeuren beslissend.

#### *Hoofdstuk 5. De op verschillende momenten geconstateerde verboden voortdurende toestand*

De op verschillende tijden begane strafbare feiten vormen de tegenpool van de situaties die besproken zijn in Hoofdstuk 4 par 1. Daar ging het om op verschillende momenten telasteg-

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

gelegde gedragingen, die door hun feitelijke eenzelvigheid hetzelfde feit opleveren. In dit Hoofdstuk komt de rechtspraak aan bod waarin geen aanwijzingen bestaan voor die feitelijke eenzelvigheid. Het gaat juist om op meerdere momenten geconstateerde gedragingen. Ik geef twee voorbeelden uit de rechtspraak.

In het geval dat leidt tot het arrest van de Hoge Raad van 7 december 1896, W 6896 zou iemand in gesloten jachtijd gejaagd hebben en wel om 4 uur 's middags. Daarvan wordt hij vrijgesproken. Daarna wordt hij vervolgd voor het om 5 uur 's middags op een ander terrein verboden jagen. Het verweer luidt dat in beide vervolgingen dezelfde jachtpartij wordt telastegelegd en art 68 Sr toegepast moet worden. In navolging van de feitenrechter stelt de Hoge Raad uitdrukkelijk vast dat beide telasteleggingen jagen op verschillende momenten en terreinen vermelden (en er juist geen aanwijzingen zijn voor een feitelijke eenzelvigheid, HK), zodat er geen sprake is van hetzelfde feit.

In het tweede geval wordt de verdachte eerst vervolgd voor het in 1922 als firmant van de firma Wennekens en van Neck, met het doel de verkoop van pakjes bleekpoeder van dat merk te bevorderen, verspreiden van circulaires waarin het publiek wordt opgeroepen mee te doen aan een loterij bij aankoop van pakjes bleekmiddel. De firmant wordt ontslagen van rechtsvervolging. Later wordt hij weer vervolgd voor het in 1927 in de handel brengen van de pakjes bleekmiddel inclusief de nog steeds lopende loterij. Nadat in feitelijke aanleg het beroep op art 68 Sr is afgewezen, onderstreept de Hoge Raad de juistheid van dit oordeel door er op te wijzen dat een tegenovergestelde opvatting de verdachte een vrijbrief zou opleveren door te gaan met zijn handelwijze zolang het die ene loterij betreft. Dezelfde gedraging in 1922 en 1927 kan volgens de Hoge Raad “nimmer” als hetzelfde feit worden beschouwd.

Een bijzondere situatie doet zich voor als de wetgever het voortduren van een verboden toestand strafbaar stelt. Ter zake daarvan kan op verschillende momenten p-v worden opge maakt. Hierbij kan de vraag gesteld worden of hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr mogelijk is. Die vraag kan in het bijzonder aan bod komen als aan de verdachte tussen het eerste p-v en het tweede p-v nauwelijks de gelegenheid is geboden de verboden situatie te veranderen.

In HR 20 april 1897, W 6956 en HR 2 februari 1905, W 8167 staat de uitleg van het woord “versperren” van een openbare weg in art 427 sub b Sr centraal. Versperren betekent in die bepaling zowel het versperren als het versperd houden van de weg. Het versperd houden levert een voortdurend delict op. Het is volgens de Hoge Raad uitgesloten dat de op verschillende tijdstippen geconstateerde schendingen van het voorschrift hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr opleveren.

Tenslotte kan de vraag gesteld worden of de ne bis in idem-regel van toepassing kan zijn bij voortdurende delicten als daarin termijnvoorschriften zijn opgenomen? Heeft het aflopen van een termijn de consequentie dat niet nogmaals vervolgd mag worden voor hetzelfde feit?

Een tweetal representatieve arresten van de Hoge Raad geven hierop het antwoord. Tevens worden op twee andere arresten vermeld, die in dezelfde lijn liggen.

In art 4 van de Ongevallenwet wordt de werkgever een bepaalde termijn geboden aangifte te doen van het feit dat hij een verzekeringsplichtig bedrijf uitoefent. Doet hij dat niet binnen de voorgeschreven termijn dan maakt hij zich schuldig aan de voortdurende overtreding van art 4 totdat hij aangifte heeft gedaan. Het aflopen van de termijn van art 4 functioneert volgens het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1905, W 8257 als beginpunt van de voortdurende overtreding. Meerdere veroordelingen voor het op uiteenlopende tijdstippen overtreden van art 4 na het ingaan van de termijn worden niet geblokkeerd door art 68 Sr.

In het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1923, NJ 1923, blz 932 komt de interpretatie van de termijnbepaling van art 3 van de Handelsregisterwet aan de orde. Deze bepaling verplicht normadressaten binnen een termijn van 3 maanden na het inwerkingtreden van de wet opgave te doen van inschrijving in het handelsregister. De directeur van drukkerij “Hermes” wordt eerst veroordeeld voor het kort na het verstrijken van die termijn niet nakomen van die verplichting. Vervolgens wordt hij vervolgd voor het tot 16 november (dat is een veel later tijdstip, HK) van het bewuste jaar niet voldaan hebben aan die verplichting. Hierin ziet de Hoge Raad niet hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr: de wettelijke plicht tot het doen van de bewuste opgave blijft bestaan totdat aan die verplichting is voldaan. Vgl. ook HR 7 februari 1927, NJ 1927, blz 373 en HR 26 maart 1928, NJ 1928, blz 795, W 11832.

Moet bij voortdurende delicten de verdachte enige tijd worden gegund om de verboden situatie te herstellen, alvorens hem weer te kunnen vervolgen en stuit een premature tweede vervolging dan af op art 68 Sr? Een antwoord op die vragen geeft de Hoge Raad tussen 1886 en 1932 niet. Alleen het vonnis van de rechtbank den Bosch in de aanloop naar het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad van 7 mei 1923, NJ 1923, blz 932 acht het – in een overweging ten overvloede – noodzakelijk dat iemands in gebreke zijn op verschillende tijdstippen, wordt geverbaliseerd “met zulke tussenruimten, dat hem de gelegenheid worde gelaten alsnog aan zijn verplichting te voldoen”.

Als beginpunt van die gelegenheid kan nog worden gekozen tussen het eerst geconstateerde verzuim of het eerste in kracht van gewijsde gegane vonnis. De rechtbank den Bosch kiest voor voldoende ruimte tussen de beide constatering van de voortdurende overtreding, een standpunt dat goed verdedigbaar is.<sup>20</sup>

In het algemeen vergelijken de feitenrechter en de Hoge Raad de telastegelegde feiten. Daaruit blijkt dat de telasteleggingen betrekking hebben op verschillende momenten. Er is dan geen reden hetzelfde feit aan te nemen. Art 68 Sr is niet van toepassing. Als iemand bijv.

<sup>20</sup> Hierbij moet worden bedacht dat de Hoge Raad in die tijd alleen competent was voor schendingen van de wet en niet voor schendingen van het recht. Bij een te korte termijn zou de Hoge Raad art 68 Sr geschonden moeten achten. Toetsing aan schending van het recht werd voor de Hoge Raad pas mogelijk door de wetwijziging van 20 juni 1963, Stb. 1963, 272. Toetsing aan schending van beginselen van een goede procesorde lagen ten tijde van het wijzen van het arrest buiten het gezichtsveld van de Hoge Raad.

nagelaten heeft een verboden toestand op te heffen dat op verschillende momenten is geconstateerd, is hetzelfde feit niet aannemelijk, omdat de telastegelegde gedragingen in de tijd verschillen.

Een bijzondere situatie doet zich voor bij ruim geformuleerde telasteleggingen, die elkaar gedeeltelijk overlappen. Dan kan een partiële niet-ontvankelijkheid van het OM op haar plaats zijn. Rechtspraak hierover van de Hoge Raad in de periode tussen 1886 en 1932 in verband met art 68 Sr heb ik niet gevonden, maar de rechtspraak over de verjaring sluit hierover elke twijfel uit.<sup>21</sup>

### Conclusies van hoofdstuk 5

De Hoge Raad heeft bij voortdurende delicten tussen 1886 en 1932 in geen enkel geval hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr aangenomen, ook niet als in het betrokken strafbare feit met termijnen wordt gewerkt. Termijnstellingen worden in de rechtspraak beschouwd als het beginpunt van het voortduren van het in gebreke blijven. Art 68 Sr is niet van toepassing, omdat de verschillende telasteleggingen betrekking hebben op het op uiteenlopende momenten geconstateerde voortduren van de verboden toestand.

### *Hoofdstuk 6. De rechtspraak over art 68 Sr naar aanleiding van competentieregels*

#### 6.1 Inleiding

De meeste rechtspraak over art 68 Sr heeft te maken met de verdeling van de absolute competentie tussen kantongerecht en rechtbank. Het kantongerecht is in de periode van 1886 tot 1932 grosso modo bevoegd voor overtredingen en de rechtbank voor misdrijven. Zie hiervoor de artt 44 en 56 RO. In het WvSv van 1926 is art 349 tweede lid Sv opgenomen. In deze bepaling, zoals deze luidt tussen 1926 en 1932, is vastgelegd dat een kantongerechts-overtreding ook mag worden berecht door de rechtbank. Dat is vooral van belang bij een samengestelde telastelegging, waarbij het ene feit tot de competentie van de rechtbank behoort en het andere tot die van de kantonrechter. Als de verdachte een beroep doet op de onbevoegdheid van de rechtbank terzake van de overtreding moet de rechtbank op grond van art 218 vierde zin Sv 1886 de verweten overtreding verwijzen naar het kantongerecht. Door de verwijzing wordt de eerste vervolging voortgezet. Van een tweede vervolging en daarmee van een bis in idem kan daardoor bij voorbaat al geen sprake zijn. Dit verandert in het WvSv van 1926. Volgens art 349 tweede lid van dit wetboek moet de rechtbank de overtreding niet verwijzen naar de kantonrechter, maar zich onbevoegd verklaren voor de overtreding. Art 349 tweede lid Sv maakt in die tijd nog geen onderscheid tussen de verschillende soorten telasteleggingen: de cumulatieve, alternatieve en subsidiaire telastelegging. Bij ieder van deze soorten telasteleggingen moet de rechtbank zich terzake van de overtreding onbevoegd verklaren als de verdachte daar een beroep op doet. Pas door de wet van 2 oktober 1957, Stb.

---

<sup>21</sup> Zie HR 20 januari 1930, *NJ* 1930, p. 316.

1957, 383 is honorering van dat beroep bij subsidiaire telasteleggingen uitgesloten. Voor 1957 liggen complicaties i.v.m art 68 Sr bij samengestelde telasteleggingen dan ook eerder op de loer, omdat misdrijf en overtreding bij elk soort telastelegging afzonderlijk worden vervolgd als de verdachte dat wil, ook als de beide strafbare feiten een bijzonder grote samenhang vertonen. Competentieregels hebben m.a.w. een grote invloed op de vraag of het komt tot meerdere vervolgingen. Daarbij kan de ne bis in idem-regel aan bod komen.

Dat geldt ook voor enkele strafprocesrechtelijke regelingen. Een belangrijk strafprocessueel vraagstuk is of de rechter bij de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag gebonden is aan de grondslag van de telastelegging. Onder het WvSv van 1886 mag de rechter in de opvatting van de Hoge Raad buiten de telastelegging om zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het OM bepalen. Als de kantonrechter bijv. blijkt van een misdrijf, waarvoor de rechtbank bevoegd is, moet de kantonrechter de zaak verwijzen naar de rechtbank of zich onbevoegd verklaren. Uit de MvT bij het ontwerp Wetboek van Strafvordering van 1926 blijkt dat de Minister deze regel gehandhaafd wil zien. In art 341 van het ontwerp (het huidige art 348 Sv) worden de woorden “en naar aanleiding van het onderzoek ter zitting” opgenomen, om de bestaande jurisprudentie te bestendigen.<sup>22</sup> Het komt volgens deze rechtspraak bij de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag niet enkel aan op de dagvaarding, maar ook op hetgeen ter zitting aan het licht is gekomen. Het OM moet het volgens de MvT niet in zijn macht hebben een tot de kennisneming van de rechtbank behorend feit onder de bevoegdheid van de kantonrechter te brengen. Deze speelruimte is weliswaar in strijd met het beginsel dat alleen het OM dominus litis is, maar dit beginsel wordt pas in volle omvang door de Hoge Raad erkend in 1933.<sup>23</sup> Wat er in de praktijk van deze speelruimte in de lagere rechtspraak terecht komt is een andere vraag. Daarop kom ik in dit Hoofdstuk 6, par 3 terug. Een ander strafprocessueel item is het opportuniteitsbeginsel. Dit beginsel is in het WvSv van 1926 verwoord in de artt. 167 tweede lid en 242 tweede lid. Het beginsel wordt in die tijd zo uitgelegd dat het OM alleen van vervolging mag afzien als het restrictief begrepen algemeen belang dat eist en dat is zelden het geval. Van een ontwikkeling van dit beginsel in de richting van een beleidsinstrument voor het al dan niet vervolgen is nog niets te bespeuren. Het OM moet in principe elk strafbaar feit vervolgen. Als er zowel een overtreding als een misdrijf is begaan zal het OM bovendien in de regel voor ieder van deze delicten moeten vervolgen. Vervolgen voor een deel van de strafbare feiten wordt op basis van dit beginsel evenmin mogelijk geacht.<sup>24</sup> Hierdoor wordt de kans vergroot dat twee keer voor hetzelfde feit wordt vervolgd.

<sup>22</sup> BHTK 1913-1914, no 286, p. 176.

<sup>23</sup> Zie voor de bevoegdheidsvraag HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 588 en voor de ontvankelijkheidsvraag het arrest van dezelfde datum *NJ* 1933, 591. Sindsdien is de rechter strikt gebonden aan de grondslag van de telastelegging bij de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag van art 348 Sv.

<sup>24</sup> Zie hierover nader D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging*, p. 7, Gouda Quint, Arnhem 1981.

Een eigen bijdrage aan het verschijnsel van de dubbele vervolging wordt in deze tijd ook geleverd door het bestaan van de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht. Zie het vroegere art 10 WvSv 1926. Deze functionaris oefent zijn taak namelijk nogal zelfstandig uit, zonder veel rekening te houden met mogelijke gelijktijdig begane misdrijven.<sup>25</sup> Door een gebrek aan coördinatie tussen deze ambtenaar en de OvJ bij de rechtbank wordt de kans vergroot dat meermaals wordt vervolgd voor hetzelfde feit.

Al met al bieden de zojuist genoemde regelingen ruime mogelijkheden te komen tot meerdere vervolgingen waarop art 68 Sr van toepassing kan zijn. Twee bijzondere regelingen van die tijd kunnen voorkomen dat art 68 Sr van belang kan worden. Tot 1933 mag de rechter zijn competentie buiten de telastelegging bepalen, terwijl de verwijzing door de rechtbank naar het kantongerecht tot de invoering van het WvSv van 1926 ne bis in idem-pekelen voorkomt, omdat de lopende vervolging bij het kantongerecht wordt voortgezet. De verwijzing wordt in het WvSv vervangen door de onbevoegverklaring, hetgeen in sommige gevallen consequenties heeft in verband met art 68 Sr.

In de volgende paragrafen zal duidelijk worden bij welke competentievoorschriften de hier genoemde regelingen van belang zijn en welke rol ze daar spelen.

6.2. Eerst wordt bij het kantongerecht vervolgd voor de overtreding en daarna bij de rechtbank voor het misdrijf

Veel rechtspraak over het feitsbegrip van art 68 Sr hoort thuis in deze paragraaf. Dat ligt voor de hand omdat de vervolging van een eenvoudige overtreding voor de kantonrechter sneller tot stand kan komen dan die voor de rechtbank ter zake van een meestal bewerklijker misdrijf. De omgekeerde volgorde doet zich dan ook zelden voor. Zie daarvoor par. 4 van dit hoofdstuk.

In het arrest van de Hoge Raad van 30 december 1912, NJ 1913 blz. 258, W 9438 wordt iemand eerst voor de kantonrechter vervolgd wegens de overtreding van het zich in staat van dronkenschap bevinden op de openbare weg (art 453 Sr). De kantonrechter spreekt hem vrij. Vervolgens moet hij voor de rechtbank terecht staan voor het misdrijf van het zich verzetten tegen twee politieambtenaren door ze te schoppen en te trappen, terwijl hij zich in staat van dronkenschap op de openbare weg bevindt (art 180 Sr). De Hoge Raad ziet hierin niet hetzelfde feit van art 68 Sr, zonder dat verder te beargumenteren. Deze slotsom is kennelijk zo vanzelfsprekend dat een nadere argumentatie in het arrest ontbreekt. Als de telastegelegde feiten worden vergeleken spreekt de opvatting van de Hoge Raad inderdaad vanzelf: de telastegelegde gedraging van de eerste vervolging is het zich dronken bevinden op de openbare weg, in de tweede vervolging zijn dat het schoppen en slaan van politieambtenaren. In de ruime opvatting van het materiële gebeuren is de opvatting van de Hoge Raad minder

---

<sup>25</sup> Zie G.E. Langemeijer, 'Het onderwerp van het strafproces', *NJB* 1931 p. 669 e.v. De ambtenaar van het OM komt tot 1957 voor in art 10 WvSv. Deze functie is opgeheven bij wet van 28 juni 1956, Stb. 1956, 377, in werking getreden op 1 januari 1957.

goed te plaatsen, omdat het schoppen en slaan in dronkenschap plaatsvond en daarmee hetzelfde materiële feit aanwezig was.<sup>26</sup>

Verschillende arresten van deze paragraaf zijn te situeren rond de eerste wereldoorlog van 1914 tot 1918. Nederland bleef toen buiten de oorlog, maar kende wel allerlei delicten in verband met het zich bevinden in verboden grensgebieden tussen Nederland en Duitsland, met name in verband met de lucratieve smokkel tussen deze landen. Dat levert verschillende ne bis in idem-rechterlijke beslissingen op van gerechten die competent zijn ter zake van dit Nederlands-Duitse grensverkeer. De gepubliceerde arresten van hoven zijn dan ook geweest door de hoven den Bosch en Arnhem.

In de zaak van het hof den Bosch van 5 februari 1917, NJ 1917, blz 470, W 10112 wordt iemand eerst door de kantonrechter Boxmeer veroordeeld voor de overtreding van het zich om 6 uur in de morgen bevinden binnen de verboden linie tussen Nederland en Duitsland. Daarna moet hij voor de rechtbank terechtstaan wegens het vervoer van goederen in de verboden Duitse richting. Volgens het hof den Bosch in hoger beroep staat vast dat tegelijk met de feiten, waarvoor hij nu wordt vervolgd, tevens proces-verbaal is opgemaakt voor de overtreding van het zich bevinden binnen de verboden linie. Daaruit volgt, zo meent het hof, dat er sprake is van hetzelfde materiële feit. Daarvoor wordt nu twee keer vervolgd. Het Hof vergelijkt in dit geval niet de telastgelegde gedragingen, maar onderzoekt het onderliggende feitencomplex, het materiële feit. In deze opvatting is er volgens het Hof sprake van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr. Als het Hof den Bosch de telastgelegde gedragingen had vergeleken – eerst het zich ter plaatse bevinden en daarna het vervoer van goederen – zou hoogstwaarschijnlijk niet hetzelfde feit zijn aangenomen. Het vervoeren van goederen op dezelfde tijd en plaats als het zich bevinden bestaat immers niet (alleen) uit zich ergens bevinden, maar ook uit de meeromvattende vervoersactiviteit. Nog geen half jaar later bevestigt het hof den Bosch zijn opvatting in het arrest van 13 juni 1917 W 10119. Eerst wordt iemand door de kantonrechter veroordeeld voor het zich bevinden in een verboden gebied langs de rijksgrens met Duitsland. Daarna wordt hij voor de rechtbank vervolgd voor het zich op dezelfde tijd en plaats begeven in de richting van de Duitse grens, terwijl hij van plan is o.a. 10 kilo tarwebloem en 2 kilo griesmeel uit te voeren. De rechtbank verwerpt met zoveel woorden de opvatting en de conclusie van het Hof van 5 februari en neemt niet hetzelfde feit aan. De rechtbank onderstreept de ongelukkige uitkomst van de opvatting van het hof dat er wel sprake is van hetzelfde feit met een voorbeeld. Als eerst een veroordeling is uitgesproken door de kantonrechter ter zake van het zich bevinden in een verboden gebied, zou een later bij de rechtbank tegelijkertijd gepleegde levensberoving geblokkeerd zijn. Dit voorbeeld zal in 1932 een waar schrikbeeld worden voor de Hoge Raad. De Hoge Raad kiest daarom vanaf 1932 voor een restrictievere opvatting over hetzelfde feit van art 68 Sr. De rechtbank kiest weliswaar ook voor het criterium van de materiële gedraging (!), maar acht

<sup>26</sup> Vgl. voor deze verschillen in criteria en uitkomsten het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 13 oktober 1908, W 6822 met dat van de rechtbank Dordrecht van 25 juni 1920, NJ 1920, p. 1022.

de gedragingen van beide vervolgingen opmerkelijk genoeg toch verschillend: de poging tot uitvoer is een andere gedraging dan het zich ter plekke bevinden. Het hof den Bosch laat zich in deze zaak echter niet “misleiden” door deze argumentatie van de rechtbank. Het criterium van de materiële gedraging acht het hof weliswaar juist maar de conclusie van de rechtbank niet. De verbalisanten hebben niet twee maar slechts één (materiële, HK) handeling geconstateerd, zij het met twee delicten. Daarom moet hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr worden aangenomen. Het hof onderstreept de juistheid van zijn opvatting met het voorbeeld dat eerst de poging tot uitvoer was berecht en daarna het zich bevinden in een verboden strook. Bij deze omgekeerde volgorde van vervolgen moet volgens het hof in ieder geval hetzelfde feit worden aangenomen. Rechtbank en hof komen zo op basis van het criterium van de materiële handeling tot verschillende conclusies met betrekking tot hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr. Voor beide gerechten speelt de aantrekkelijkheid van de eigen uitkomst, gegeven de verschillen in absolute competentie tussen rechtbank en kantongerecht, kennelijk de hoofdrol. De door beide rechterlijke instanties genoemde extreme voorbeelden brengen de dilemma's helder in beeld, ook al kiezen ze allebei voor het criterium van de materiële gedraging.

Het hof Arnhem kiest in vergelijkbare gevallen voor een andere weg dan het hof den Bosch, zoals blijkt uit een tweetal arresten. De casus van het arrest van het hof Arnhem van 8 november 1917, W 10183 betreft een kruidenier uit Drempt, die eerst door de kantonrechter veroordeeld wordt voor het lopen over een verboden grensstrook. Daarna wordt hij voor de rechtbank vervolgd wegens een poging tot verboden uitvoer van plantenvet, spek en raapolie naar Duitsland. Het hof Arnhem ziet hierin niet hetzelfde feit op grond van een tweetal opmerkelijke argumenten. De poging tot verboden uitvoer is al begonnen terwijl het verboden gebied nog niet was betreden. Door dit argument wordt de voor art 68 Sr vereiste eenheid van tijd ondergraven. Het is opmerkelijk dat het hof niet komt tot een partiële niet-ontvankelijkheid voorzover de gedragingen wel samenvallen. Het hof vermeldt nog een argument waarom niet hetzelfde feit aanwezig is: bij een gelijktijdige vervolging zou eendaadse samenloop (art 55 Sr) moeten worden aangenomen. En bij die vorm van samenloop moet de strafbepaling met de zwaarste hoofdstraf worden toegepast en dat is het rechtbankmisdrijf en niet de overtreding. De overtreding kan daarom nooit de strafoplegging ter zake van het misdrijf blokkeren. Het Hof meent kennelijk dat deze samenloopregel analoog moet worden toegepast bij een niet-gelijktijdige berechting, waarin art 68 Sr aan bod komt. Hoewel het feitsbegrip van art 55 Sr en van art 68 Sr in die tijd identiek wordt uitgelegd, gaat de gedachtegang van het Hof mank. Ter zake van de overtreding is namelijk een in kracht van gewijsde gegaan vonnis gewezen dat niet meer ter discussie staat. Slechts de ontvankelijkheid van het in de tweede vervolging telastegelegde misdrijf kan in verband met art 68 Sr nog worden beoordeeld.<sup>27</sup> Het hof neemt niet hetzelfde feit aan met twee argumenten waarmee de vraag of uitgegaan moet worden van het materiële gebeuren of van de

<sup>27</sup> Absorptie van de straf, opgelegd ter zake van de overtreding in een eerdere vervolging, kent het Nederlandse strafrecht alleen in het bijzondere geval van art 63 Sr.



telastegelegde feiten ontweken wordt. Maar dit arrest maakt in ieder geval een ding duidelijk: het hof ziet in dit geval niets in de toepassing van art 68 Sr.

Een klein half jaar eerder had hetzelfde Hof overigens al een arrest gewezen, dat de aanloop zou vormen naar het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1917, NJ 1918, blz 26, W 10210. In dit geval is iemand eerst door de kantonrechter veroordeeld voor het lopen in een verboden grensgebied. Daarna wordt hij bij de rechtbank vervolgd voor de gelijktijdig gepleegde poging tot uitvoer van 396,5 kilo (!) spek naar Duitsland. De rechtbank Almelo en het hof Arnhem zien hierin niet hetzelfde feit, omdat het telastegelegde vervoer richting grens en het voornemen de spek over de grens te brengen in vergelijking met het lopen in het verboden gebied nieuwe feitelijke elementen zijn. Deze elementen geven aan de gepleegde handeling van de poging tot uitvoer een eigen strafrechtelijk karakter. De telastegelegde handelingen worden vergeleken en niet de onderliggende materiële gedraging, die tot hetzelfde feit had kunnen leiden. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep en overweegt o.a. dat de telastegelegde handeling van de verboden uitvoer materiële bestanddelen bevat die voor de strafbaarheid beslissend zijn en die ontbreken bij het enkele zich ter plekke bevinden. De Hoge Raad meent daarom dat het hof Arnhem de juiste rechtskundige maatstaf heeft aangelegd.

De Hoge Raad gaat er in dit arrest mee accoord dat de telastegelegde handelingen worden vergeleken. Dat is conform de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad van die tijd. De Hoge Raad voorkomt hiermee, in navolging van de feitenrechter, dat het feitsbegrip van art 68 Sr zo ruim wordt uitgelegd dat de vervolging van een ernstig misdrijf wordt geblokkeerd door een eerdere afdoening van een kleine kantongerechts-overtreding. De strafprocesrechtelijke beperking van de vergelijking van de telasteleggingen heeft daarmee grote invloed op de uitleg van het feitsbegrip van art 68 Sr en verhindert in dit geval dat hetzelfde feit wordt aangenomen.

Verder wijs ik op een tweetal vonnissen van rechtbanken. Ten eerste het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 3 oktober 1908, W 6822. De kantonrechter veroordeelt iemand voor de overtreding van het niet tijdig sluiten en gesloten houden van de slagbomen bij het naderen van een trein, daarna wordt weer vervolgd maar nu voor de rechtbank wegens zwaar lichamelijk letsel door schuld. De schuld bestaat volgens de rechtbank uit dezelfde telastegelegde gedragingen als de overtreding. Daarom is art 68 Sr van toepassing. Het tweede vonnis is dat van de rechtbank Dordrecht van 25 juni 1920, NJ 1920, blz 1022. In dit geval is iemand met een hondenkar met een veel te hoge snelheid van een helling afgereden en weet hij een veldwachter niet te ontwijken, die daardoor gewond raakt. In dit geval neemt de rechtbank niet hetzelfde feit aan omdat bij vergelijking van de telastelegging voor de kantonrechter, de hondenkar te hard laten lopen, en die voor de rechtbank, letsel door schuld bestaande uit het te hard rijden en het niet tijdig ontwijken van de veldwachter de schuld met meer gegevens wordt uitgedrukt dan alleen het te hard rijden. Daarom is er geen sprake van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr. In beide vonnissen worden de telastegelegde gedragingen vergeleken. Door een betrekkelijk klein verschil in de gekozen bewoordingen

van de telasteleggingen komen de beide rechtbanken tot tegenovergestelde conclusies over art 68 Sr.

De laatste gepubliceerde beslissing in deze categorie is die van het hof Arnhem van 1 oktober 1931, NJ 1932, blz. 909. Het is tevens het belangrijkste arrest voor de verdere ontwikkeling van het feitsbegrip van art 68 Sr. De verdachte rijdt op 7 oktober 1930 om half zeven 's morgens in een vrachtauto met runderen op de openbare weg “de Draaibrug” over het Heusdense kanaal in de gemeente Nederhemert. Hij begaat daar volgens de verbalisanten een kantongerechts-overtreding en twee misdrijven, waarvoor afzonderlijk p-v wordt opge maakt. Ten eerste vervoert hij op die brug runderen. Dat is een overtreding van een vervoersverbod op grond van de Veewet in dat deel van Gelderland omdat daar besmettingsgevaar voor de runderen bestaat. De kantonrechter Zaltbommel veroordeelt de verdachte hiervoor tot een geldboete van 100 gulden. Daarbij overweegt de kantonrechter dat bij het bepalen van de straf rekening is gehouden “met het feit dat verdachte niet op vordering der verbalisanten is stilgehouden”. De beide misdrijven die daarna voor de rechtbank worden aangebracht, zijn het na een stopbevel zo inrijden op de veldwachters dat dit een bedreiging met doodslag van de verbalisanten oplevert (art 285 Sr) en het opzettelijk niet voldoen aan een bevel van de verbalisanten (art 184 Sr), misdrijven waarop maximaal resp 2 en 1 jaar gevangenisstraf zijn gesteld. Na een veroordeling door de rechtbank Tiel komt het hof Arnhem tot een niet-ontvankelijkheid van het OM. Volgens het hof is het zakelijk gegeven dat de grondslag uitmaakt van beide vervolgingen het rijden op de brug. De materiële handeling is daarmee dezelfde. Dat er sprake is van heel verschillende strafbare feiten doet daar volgens het hof niet aan af.

Bij dit arrest kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. Zo beoordeelt het Hof het zakelijk gegeven van beide telasteleggingen. Dat is het rijden over de brug. De aan de telasteleggingen ten grondslag liggende materiële gedraging is in de opvatting van het hof daarmee beslissend voor het feitsbegrip van art 68 Sr. Dat is iets anders dan een toetsing van de telastegelegde gedragingen. Bij die vergelijking is bij het kantongerecht immers het verboden vervoer van runderen telastegelegd en bij de rechtbank het *inrijden* op de verbalisanten resp. het *negeren* van een stopteken. Omdat in de telasteleggingen voor de rechtbank nieuwe en andere onderdelen van dezelfde gedraging aan de orde gesteld worden zou bij die vergelijking niet hetzelfde feit zijn aangenomen. Dit arrest sluit aan bij het in deze paragraaf eerder vermelde arrest van het hof den Bosch van 13 juni 1917, W 10119. Niet de telastegelegde handelingen of gedragingen worden vergeleken. Het voorwerp van onderzoek is de onderliggende materiële handeling of gedraging. Dat is zo ruim dat verschillende op dezelfde tijd en plaats begane (strafbare) feiten hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr opleveren.

Hierin wijkt het hof af van het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 3 december 1917, NJ 1918, blz 26 waarin de Hoge Raad niet hetzelfde feit zag in het eerst telastegelegde zich bevinden op een verboden plaats en het daarna telastegelegde vervoeren van goederen op dezelfde tijd en plaats. Het zakelijk gegeven was toen dat iemand zich bevond op een bepaalde plaats, waardoor twee strafbare feiten werden begaan. Toch nam de Hoge Raad toen niet hetzelfde feit aan, omdat de telastegelegde gedragingen werden

vergeleken. Als in dit geval op dezelfde wijze was geredeneerd als de Hoge Raad in het arrest van 1917 had gedaan, zou niet hetzelfde feit zijn aangenomen en zou de vervolging voor de rechtbank ontvankelijk zijn geweest. Het is daarom achteraf gezien ongelukkig, dat het OM niet tegen het arrest van het hof Arnhem van 1 oktober 1931 in cassatie is gekomen. Dan had de Hoge Raad de gelegenheid gehad zich nog eens over het feitsbegrip van art 68 Sr uit te spreken in een zaak waarin eerst de kantonrechter vonnis heeft gewezen en daarna de rechtbank.

Nu is het arrest van het hof Arnhem de aanleiding geworden voor ernstige bezwaren tegen het feitsbegrip in de zin van de materiële gedraging of handeling. Het arrest van het hof Arnhem brengt met zich mee dat de afdoening van een kleine kantongerechts-overtreding inderdaad de vervolging kan blokkeren van een ernstig misdrijf, zoals een moord of doorslag. Dat is in dit geval gebeurd bij de misdrijven van de artt 184 en 285 Sr. De Hoge Raad is van de gevolgen van het arrest van het hof Arnhem waarschijnlijk zo geschrokken, dat het feitelijk ingevulde feitsbegrip in 1932 wordt afgezworen en een heel andere weg wordt ingeslagen: het feitsbegrip wordt daarna restrictief uitgelegd en bepaald aan de hand van de verweten strafbare feiten. Zie voor de eendaadse samenloop het Kijk in 't Jatstraat-arrest van 15 februari 1932, NJ 1932, blz 289. Eenzelfde ommezwaai is voor art 68 Sr te vinden in het Brakelse kermisarrest van 27 juni 1932, NJ 1932 blz 1659. In ieder geval was het raadslid van de Hoge Raad Taverne heel verontwaardigd over het Arnhemse arrest, blijkens zijn noot bij het daarna gewezen Brakelse kermisarrest.<sup>28</sup>

Ik ga er van uit dat de Hoge Raad al kort voor het arrest van het hof Arnhem is afgeweken van de toetsing van de telastegelegde handelingen en is overgestapt op de beoordeling van de materiële gedraging. Zie daarvoor het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014, W 12292 dat in par 6.5 besproken zal worden. Als dat juist is, dan heeft het hof Arnhem op 1 oktober 1931 het criterium gevolgd dat de Hoge Raad in februari van dat jaar al heeft gebezigd. De gevolgen van het arrest van het hof Arnhem zijn echter zo ingrijpend dat dit arrest alle aandacht voor zich heeft opgeëist.

## Conclusies van paragraaf 6.2

De conclusie van deze paragraaf luidt dat de lagere rechtspraak in de gevallen die in deze paragraaf aan de orde zijn gesteld verdeeld oordeelt over de uitleg van hetzelfde feit van art 68 Sr. Eenheid van gedragingen of handelingen wordt weliswaar steeds beslissend geacht. Maar verschillend wordt gedacht over de vraag of de telastegelegde handelingen of gedragingen vergeleken moeten worden of dat daarvoor de onderliggende materiële gedraging of handeling als toetssteen moet worden genomen. Dit verschil heeft een beslissende invloed op de uitleg van het feitsbegrip en is bepalend voor het antwoord op de vraag of hetzelfde feit

---

<sup>28</sup> Taverne haalt in zijn noot flink uit naar het arrest van het Hof Arnhem: hij verwierpt zowel het criterium van de materiële gedraging als de conclusie dat de berechting van de overtreding door de kantonrechter de vervolging van ernstige misdrijven voor de rechtbank kan blokkeren.

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

wordt aangenomen, zoals gebleken is in deze paragraaf. In het arrest van 30 december 1912, NJ 1913, blz 258 acht de Hoge Raad niet hetzelfde feit aanwezig. Dat standpunt wordt niet nader verantwoord, maar is goed te begrijpen als de telastegelegde handelingen of gedragingen worden vergeleken. Het arrest is veel moeilijker te verklaren bij toepassing van het criterium van de materiële gedraging. Het Hof Arnhem heeft in de aanloop naar het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1917 NJ 1918, blz 26 gekozen voor de vergelijking van de telastegelegde handelingen. Dat acht de Hoge Raad uit “rechtsoogpunt” de juiste maatstaf.

De Hoge Raad ziet in dit arrest van 1917 niets in het criterium van de materiële handeling of gedraging. Het gevolg van dat criterium zou zijn geweest dat de vervolging van (ernstige) misdrijven voor de rechtbank op een niet-ontvankelijkheid van het OM moet uitdraaien als de kantonrechter eerder een ter plaatse gelijktijdig begane overtreding heeft begaan. De Hoge Raad voelt er kennelijk niets voor dat in een dergelijk geval art 68 Sr van toepassing is in de rechtbankzaak.

In de zojuist genoemde arresten van de Hoge Raad ontbreekt hetzelfde feit van art 68 Sr op basis van de vergelijking van de vergelijking van de telastegelegde feiten.

In het arrest van 1 oktober 1931, NJ 1932 blz 909 kiest het Hof Arnhem voor het criterium van de materiële gedraging en wordt het OM niet-ontvankelijk verklaard ter zake van de voor de rechtbank aangebrachte (strafbare) feiten, na de in kracht van gewijsde gegane vonnis van de kantonrechter voor een gelijktijdig begane overtreding. Dat lijkt heel onbevredigend, maar dat is nu eenmaal de consequentie van het criterium van de materiële gedraging of handeling. Deze rechtspraak roept dan ook om een reactie van de wetgever op het gebied van de competentieregels of van de rechtspraak over het feitsbegrip van art 68 Sr. Ik kom in par 6.5. op dit arrest van het hof Arnhem nog even terug naar aanleiding van het kort daarvoor gewezen arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1041.

Kortom, de Hoge Raad voorkomt in de arresten van 1912 en 1917 “onrust” over ongelukkige uitkomsten voor ernstige misdrijven door in art 68 Sr niet het materiële feit dat aan beide telasteleggingen ten grondslag ligt te toetsen, maar door de telastegelegde handelingen of gedragingen te vergelijken. Dat gebeurt in het arrest van 1912 impliciet en in die van 1891 en 1917 expliciet. Art 68 Sr blijft buiten toepassing omdat de *telastegelegde* gedragingen of handelingen verschillen. Dit is tussen 1891 en 1931 een strafprocesrechtelijke methode van de Hoge Raad om het feitsbegrip van art 68 Sr binnen de perken te houden.

6.3. Intermezzo: de kantonrechter verwijst de zaak naar de rechtbank of verklaart zich onbevoegd. Daarna wordt vervolgd voor de rechtbank

Uiteraard worden ne bis in idem-problemen voorkomen als de rechtbank zowel het misdrijf als de overtreding, die in eendaadse samenloop begaan zijn, in een keer kan berechten en dat ook is gebeurd. Hierdoor wordt voorkomen dat de in de vorige paragraaf genoemde gescheiden afdoening bij de kantonrechter en rechtbank zich voordoet. Dat kan ook mogelijk worden als de overtreding niet gelijktijdig met het misdrijf bij de rechtbank is aangebracht,

maar de overtreding aanvankelijk voor het kantongerecht wordt vervolgd en het misdrijf bij de rechtbank. Die situatie doet zich voor als de kantonrechter de zaak in de eerste vervolging niet in behandeling neemt, maar de zaak naar de rechtbank verwijst of zich onbevoegd verklaart. Daarvoor is nodig dat hem ter zitting blijkt dat er tevens een op dezelfde tijd en plaats begaan misdrijf in het spel is. Dit misdrijf moet in eendaadse samenloop zijn begaan met de overtreding.

Art 253 jo. art 218 Sv 1886 schrijft de kantonrechter voor de zaak te verwijzen naar de rechtbank als hem een misdrijf is gebleken. In die tijd wordt er door kantonrechters ook wel voor gekozen zich onbevoegd te verklaren, zoals verderop in deze paragraaf zal blijken. Het WvSv 1926 kent alleen de onbevoegdverklaring door de kantonrechter in art 349 Sv.

Het is voor art 68 Sr niet van belang of de kantonrechter de zaak verwezen heeft dan wel zich onbevoegd heeft verklaard. Door de verwijzing wordt de eerste vervolging voortgezet. Er is daarom geen sprake van het twee keer vervolgen. Art 68 Sr kan niet aan bod komen. Na de onbevoegdverklaring door de kantonrechter volgt wel een tweede vervolging voor de rechtbank ter zake van het misdrijf en de overtreding samen. Ook dan is art 68 Sr niet van belang omdat in de eerste vervolging bij de kantonrechter niet beslist is over een of meer vragen van art 350 Sv en dat is ook nodig voor art 68 Sr.

Of de kantonrechter de zaak moet verwijzen naar de rechtbank resp. zich onbevoegd moet verklaren hangt af van de opvatting over de telastelegging als grondslag voor het onderzoek ter zitting. Als de rechter ter zitting bij de bevoegdheidsvraag rekening moet houden met een in eendaadse samenloop begaan misdrijf, moet hij zich onbevoegd verklaren. Maar als de grondslag van de telastelegging strikt moet worden gevolgd, waardoor alleen het OM kan bepalen waarvoor wordt vervolgd, mist de kantonrechter deze bevoegdheid en kunnen langs deze weg geen ne bis in idem-perikelen voorkomen worden.

Tot 1933 is de Hoge Raad van mening dat de kantonrechter deze bevoegdheid inderdaad heeft. Bij de bevoegdheidsvraag telt alles mee wat in eendaadse samenloop is gebeurd en dat kan het tevens begane misdrijf zijn. Het voordeel hiervan is dat het misdrijf en de overtreding zo in een keer bij de rechtbank aangebracht kunnen worden. Zo wordt voorkomen dat de beslissing van de rechtbank afstuit op art 68 Sr. Bij een veroordelend vonnis van de rechtbank ter zake van beide feiten wordt op basis van de eendaadse samenloop alleen de zwaarste strafbepaling toegepast. Dat levert een “absorptie” van de overtreding op bij de straftoemeting op, maar geen ne bis in idem.

Ik geef enkele voorbeelden uit de rechtspraak. In HR 23 mei 1887, W 5437 snijdt iemand, staande op de openbare weg, takken van een boom in een plantsoen. Vervolgd voor straatschenderij (art 424 Sr) blijkt de kantonrechter dat het begane feit opzettelijk is begaan en daardoor tevens het misdrijf van zaaksbeschadiging (art 350 Sr) is begaan. Daarom verklaart de kantonrechter zich onbevoegd. De Hoge Raad ziet geen reden dit vonnis te casseren. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat art 55 Sr – de eendaadse samenloop – met zich mee kan brengen dat niet de kantonrechter bevoegd is maar de rechtbank, omdat alleen de rechtbank bevoegd is ter zake van de zwaarste strafbepaling (art 350 Sr). Dit arrest is een voorbeeld van de rechtspraak van de Hoge Raad van die tijd waarin de rechtbank op basis

van eendaadse samenloop bevoegd wordt voor de overtreding. De kantonrechter kan zich alleen onbevoegd verklaren omdat hij het in eendaadse samenloop begane misdrijf in zijn overwegingen betreft. Dat kan hij alleen maar doen als hij zijn bevoegdheid beoordeelt buiten de telastegelegde overtreding om. Uit het onderzoek ter zitting van de kantonrechter blijkt dat de overtreding in eendaadse samenloop met het misdrijf is begaan.<sup>29</sup>

Deze verplichting voor de kantonrechter zich onbevoegd te verklaren bij eendaadse samenloop blijkt ook uit HR 26 juni 1922, NJ 1922 blz 1055. Een hofmeester heeft op het stoomschip “Celebes” een revolver in Nederland ingevoerd. Hij wordt eerst vervolgd bij de kantonrechter voor het verboden invoeren van een vuurwapen, een overtreding van het vuurwapenreglement, en daarna bij de rechtbank voor de fiscale overtreding van het zonder aangifte invoeren van die revolver. De Hoge Raad is in dit arrest van oordeel dat één handeling, het invoeren, moet worden aangenomen met twee strafbare feiten. Art 55 Sr is nu van toepassing. Daarom is de kantonrechter onbevoegd van de overtreding kennis te nemen. De rechtbank kan alleen het in eendaadse samenloop begane fiscale feit bestraffen. Daarop is immers de zwaarste hoofdstraf gesteld.

Verdere rechtspraak hierover tussen 1926 en 1932 is beperkt tot enkele vonnissen van kantonrechters. Zo volgt de kantonrechter Haarlem op 30 mei 1928, W 12356, de door de MvT bevestigde rechtspraak van de Hoge Raad. Door eendaadse samenloop van de vervolgte overtreding met een misdrijf dat voor de rechtbank kan worden vervolgd, acht de kantonrechter zich onbevoegd. Zie ook twee vonnissen van verschillende vakantiekamers van het kantongerecht den Haag, het ene van 6 augustus 1931 waarin de ene kantonrechter zich onbevoegd verklaart en het andere van 26 september 1931 waarin dat niet gebeurt. Beide vonnissen zijn gepubliceerd in NJ 1932, blz 97.

Door de onbevoegdverklaring door de kantonrechter kunnen meerdere einduitspraken over het feit in de zin van art 68 Sr voorkomen worden.

Van deze goed bedoelde preventiemaatregel van de Hoge Raad mogen in die tijd echter geen wonderen verwacht worden. Zo is de reikwijdte van het in die tijd gelijk uitgelegde feitsbegrip in art 55 Sr en art 68 Sr in die tijd beperkter dan tegenwoordig wel wordt aangenomen. Het identiek zijn van de gedraging of handeling wordt op basis van de telasteleggingen vergeleken en dat leidt tot een restrictiever geïnterpreteerd feitsbegrip dan wanneer het onderliggende materiële feit voorwerp van onderzoek zou zijn geweest.

Verder mag de kantonrechter zich in die tijd alleen onbevoegd verklaren als hem is gebleken van een misdrijf waarvoor de rechtbank bevoegd is. De voorwaarde van het “blijken” stelt hogere eisen dan het mogelijk of aannemelijk zijn. Zie bijv. HR 1 november 1897, W 7038. Iemand wordt voor de kantonrechter vervolgd voor het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst; de kantonrechter verklaart zich onbevoegd omdat er reden is om te vermoeden dat het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst heeft bestaan uit een zwangerschapsonderbreking, het misdrijf van art 296 Sr. Maar omdat het onzeker is of de vrucht

<sup>29</sup> Idem HR 3 april 1897, W 6965, HR 6 januari 1902, W 7709 en HR 28 mei 1923, NJ 1923 p. 1121. Op dit laatste arrest kom ik in par. 6.6 nog even terug.

tijdens de abortus nog leeft, een bestanddeel van art 296 Sr, acht de Hoge Raad de onbevoegdheid van de kantonrechter misplaatst. “Blijken” betekent m.a.w. voor de Hoge Raad dat over het begaan zijn van het misdrijf geen twijfel mag bestaan en dat hier niet het geval. De onbevoegdverklaring van de kantonrechter wordt dan ook door de Hoge Raad vernietigd.

Ook werkt deze veiligheidsklep van de verwijzing of onbevoegdverklaring uiteraard niet als meerdere p-v's zijn opgemaakt en deze onafhankelijk van elkaar hun gang door het rechtsbedrijf maken. Normaliter wordt dan eerst de ongecompliceerde overtreding door de kantonrechter berecht en later het ingewikkelder misdrijf voor de rechtbank. De kantonrechter is in die tijd regelmatig door de wijze van aanlevering van stukken en het geïsoleerde optreden van de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht niet op de hoogte van een mogelijk begaan misdrijf dat bij de rechtbank zal worden aangebracht.

Tenslotte blijkt de “officiële leer” van de Hoge Raad, waarin de kantonrechter zich onbevoegd moet verklaren in de praktijk steeds minder gevolgd te worden. Zo deelt Lange-meijer in 1931 mee dat hij “nimmer een kantonrechter de mogelijkheid van een onbevoegdverklaring ook maar enigszins in aanmerking heeft zien nemen”.<sup>30</sup> In het stelsel van de lagere rechtspraak wordt het voorwerp van onderzoek z.i. niet meer door de rechter maar door het OM bepaald en daarin past de besproken onbevoegdverklaring van de kantonrechter niet. De officiële leer van de Hoge Raad tot het begin van de dertiger jaren heeft dus in de lagere rechtspraak steeds minder weerklink gevonden. In de beide arresten van de Hoge Raad van 30 januari 1933, NJ 1933, blz 588 en NJ 1933, 591 capituleert de Hoge Raad tenslotte zelf ook bij resp. de bevoegdheidsvraag en de ontvankelijkheidsvraag. Voortaan is het telastegelegde feit het voorwerp van onderzoek bij deze vragen. De rechter mist sindsdien de ruimte zich onbevoegd te verklaren of het OM niet-ontvankelijk te verklaren buiten de telastelegging om. Het OM is dominus litis. Hierdoor ontbreekt in de opvatting van de Hoge Raad de ruimte voor de kantonrechter de in eendaadse samenloop begane overtreding en misdrijf bij elkaar te houden door zich onbevoegd te verklaren voor de overtreding.

### Conclusies van paragraaf 6.3

In deze paragraaf is een door de Hoge Raad en door de wetgever van 1926 bevestigd instrument besproken, waarmee ne bis in idem-perikelen kunnen worden voorkomen. Dat instrument bestaat hierin dat de kantonrechter de verwijzing naar de rechtbank of de onbevoegdverklaring buiten de telastelegging om moet uitspreken, als hem gebleken is dat in eendaadse samenloop een misdrijf is begaan waarvoor de rechtbank competent is. Dit instrument blijkt echter in de lagere rechtspraak steeds minder gehanteerd te worden. In 1933 capituleert de Hoge Raad: de bevoegdheid (en ontvankelijkheid van het OM) mag sindsdien uitsluitend worden beoordeeld op de grondslag van de telastelegging. De kantonrechter kan daarna langs deze weg ne bis in idem-verwikkelingen niet meer voorkomen.

<sup>30</sup> G.E. Langemeijer, o.c. p. 669 e.v.

Kort daarvoor, in 1932, wordt het feitsbegrip van de artt 55 en 68 Sr door de Hoge Raad bijzonder restrictief uitgelegd aan de hand van de strekking van de strafbare feiten, waardoor er al gauw geen sprake meer is van hetzelfde feit. Het lijkt er op dat deze restrictieve uitleg van het feitsbegrip van art 68 Sr de prijs is die de Hoge Raad betaalt voor de principieel juiste keuze dat het OM en niet de rechter het voorwerp van onderzoek bepaalt in het strafprocesrecht.

### 6.4 Eerst wordt voor het misdrijf vervolgd en daarna voor de overtreding

In paragraaf 6.2 is de situatie behandeld dat een zaak eerst aan de kantonrechter is voorgelegd voor een overtreding en daarna aan de rechtbank voor een misdrijf. In par 6.3 is vastgesteld dat de kantonrechter zich volgens de Hoge Raad onbevoegd moet verklaren als hem tevens een in eendaase samenloop begaan misdrijf is gebleken. Daardoor kan het herhaald vervolgen van par. 6.2 kan worden voorkomen. Dit instrument blijkt echter in de lagere rechtspraak steeds minder ingezet te worden en is tenslotte een curiositeit zonder veel praktische waarde.

De omgekeerde volgorde van vervolgen kan zich uiteraard eveneens voordoen: de zaak wordt eerst bij de rechtbank aangebracht en daarna bij de kantonrechter. Maar vaak komt dat niet voor. Als de overtreding en het misdrijf afzonderlijk worden berecht komt meestal eerder een gewijsde over de eenvoudige overtreding tot stand dan over het bewerkelijkere misdrijf. De oogst van rechtspraak van de Hoge Raad blijft dan ook beperkt tot het arrest van 18 december 1916, W 10079, NJ 1917, blz 115.<sup>31</sup>

In dit geval zou iemand maïs richting Duitse grens hebben vervoerd. Eerst spreekt de rechtbank Arnhem hem vrij van het vervoer van de maïs richting Duitse grens met het voornemen de maïs naar Duitsland uit te voeren. Vervolgens moet de grensbewoner voor de kantonrechter terechtstaan wegens het op dezelfde tijd en plaats vervoeren van de maïs, zonder dat dit gedekt is door een geleidebrief. De rechtbank verwerpt in hoger beroep het verweer dat art 68 Sr van toepassing zou zijn: door het telasteleggen van het ontbreken van de geleidebrief is het materiële feit een hele andere geworden dan die in de zaak waarin is vrijgesproken.<sup>32</sup> De Hoge Raad constateert dat de rechtbank heeft vastgesteld dat het in deze zaak om hetzelfde gebeuren gaat als in de eerste vervolging. De reden voor deze tussenstap van de Hoge Raad is gelegen in de telasteleggingen die ten aanzien van de tijd en plaats ruim zijn geformuleerd. Identiteit van de gebeurtenis ontleent de Hoge Raad daarmee aan het vonnis van de rechtbank. Vervolgens beoordeelt de Hoge Raad de toepassing van het feitscriterium van art 68 Sr. De Hoge Raad casseert het vonnis van de rechtbank: in dit geval is twee keer beslist over hetzelfde vervoer van maïs. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet

<sup>31</sup> Zie ook rechtbank Zierikzee 29 november 1904, W 8148.

<sup>32</sup> Deze vrijspraak maakt het aannemelijk dat de vervolging voor de overtreding tot stand is gekomen na de voor het OM teleurstellende uitkomst van de rechtbankzaak; daarmee is dit een teleurstellingsgeval met competentieverwikkelingen.



af dat de ene telastelegging daaraan toevoegt dat het vervoer richting grens heeft plaatsgevonden en de andere telastelegging dat zonder geleidebrief is vervoerd: dit verschil in omschrijving en omstandigheden neemt niet weg dat hij twee keer wordt vervolgd voor dezelfde handeling, dezelfde daad van vervoer van maïs. Daarom is art 68 Sr van toepassing.

Dit is een opmerkelijk arrest, omdat de Hoge Raad zelf in afwijking van de feitenrechter hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr aanneemt. Daarvoor is cassatietechnisch nodig dat de daarvoor vereiste feitelijke gegevens voor de Hoge Raad beschikbaar zijn. Feitelijke identiteit in tijd en plaats e.d. ontleent de Hoge Raad aan de beslissing van de feitenrechter. Vervolgens formuleert de Hoge Raad het criterium van hetzelfde feit van art 68 Sr: dat is dezelfde telastegelegde handeling, dezelfde daad van vervoer van maïs en die is hier aanwezig. Kennelijk zijn alleen het in de telastelegging gebruikte werkwoord vervoeren en het lijdend voorwerp, de maïs, van belang. De Hoge Raad laat met zoveel woorden nadere omschrijvingen en begeleidende omstandigheden van het vervoeren van de maïs buiten beschouwing.

Dit arrest bevestigt nog eens dat de Hoge Raad de telastegelegde gedragingen of handelingen vergelijkt bij de beoordeling van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr: dat is in beide telasteleggingen het vervoeren van maïs. Meestal leidt de vergelijking van de telastegelegde handelingen, zoals door de Hoge Raad voorgestaan, tot de slotsom dat hetzelfde feit ontbreekt, maar in dit geval is dat anders.

De gevolgen van dit arrest zijn niet schokkend. Slechts de overtreding wordt getroffen door art 68 Sr. Deze overtreding zou bij een gelijktijdige berechting geabsorbeerd zijn door het in eendaadse samenloop gepleegde misdrijf en zou daarmee geen beter lot ten deel zijn gevallen. Het arrest heeft in juridisch Nederland dan ook niet veel beroering teweeg gebracht.

#### Conclusies bij paragraaf 6.4

De conclusie van deze paragraaf luidt dat de Hoge Raad in het arrest van 18 december 1916, NJ 1917, blz. 115 hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr heeft aangenomen. Op basis van de vergelijking van de telastegelegde handelingen, in beide vervolgingen het vervoeren van maïs, komt de Hoge Raad tot hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr. Het lijdend voorwerp, de maïs, maakt deel uit van het handelingsbegrip. De uiteenlopende bijkomende strafrechtelijke voorwaarden laat de Hoge Raad bij de vergelijking buiten beschouwing.

#### 6.5 Beide strafbare feiten worden in een keer bij de rechtbank aangebracht, waarna de overtreding wordt afgesplitst en afzonderlijk wordt vervolgd bij de kantonrechter

Het OM kan bij het samengaan van een of meer misdrijven met een of meer kantongerechts-overtredingen vervolgen voor de rechtbank. De competentie van de rechtbank voor deze overtredingen berust op art 218 derde lid Sv 1886 en art 349 tweede lid Sv 1926. Zo is in art 349 tweede lid Sv opgenomen dat de rechtbank geen onbevoegdheid uitspreekt indien het feit tot de kennisneming van de kantonrechter behoort en de verdachte daarop

geen beroep heeft gedaan. Daardoor kan de rechtbank alle strafbare feiten in een keer berechten en worden ne bis in idem-problemen voorkomen. Deze ruime competentieregeling voor de rechtbank voorkomt dat twee keer voor hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr vervolgd wordt. Bij een veroordeling ter zake van in een keer cumulatief telastegelegde feiten kunnen alleen samenloopregels van belang zijn.

Zo is de verdachte in HR 28 mei 1923 NJ 1923 blz 1121 in een keer voor de rechtbank vervolgd en berecht voor de overtreding van het invoeren van acht varkens van Duitsland naar Nederland en tevens voor de tegelijk gepleegde overtreding van het zich ophouden binnen verboden grensstroken anders dan per spoor of tram.<sup>33</sup> In dit geval kunnen alleen samenloopbepalingen van belang zijn.

Doet de verdachte echter een beroep op de onbevoegdheid dan kan de rechtbank geen kennis nemen van de kantongerechts-overtreding. Er bestaat vervolgens een belangrijk verschil in rechtsgevolg tussen de wetgeving van voor en na 1926. Op grond van het tot 1926 geldende art 218 Sv verwijst de rechtbank de overtreding naar het kantongerecht. De rechtbank berecht het misdrijf en verwijst de overtreding naar het kantongerecht. Door de verwijzing wordt de vervolging voortgezet, zij het bij een andere rechterlijke instantie. De ne bis in idem-regel kan niet van belang worden omdat niet twee keer is vervolgd.

In het WvSv van 1926 regelt art 349 tweede lid dezelfde materie anders: de rechtbank dient zich onbevoegd te verklaren als het feit tot de kennisneming van de kantonrechter behoort en de verdachte daar een beroep op heeft gedaan.<sup>34</sup> Bij een beroep op de onbevoegdheid van de verdachte verklaart de rechtbank zich onbevoegd ter zake van de overtreding en beperkt de beslissing verder tot het telastegelegde misdrijf. Het OM kan daarna de overtreding in een nieuwe vervolging aanbrengen bij de kantonrechter. Hierdoor kan de ne bis in idem-regel van belang worden als het vonnis van de rechtbank over het misdrijf en het vonnis van de kantonrechter over de overtreding hetzelfde feit opleveren in de zin van art 68 Sr.

Hierbij kan een nuancering worden aangebracht op basis van het soort telastelegging waarvoor vervolgd wordt bij de rechtbank. Met een cumulatieve telastelegging geeft de OvJ aan dat hij de beide telastegelegde feiten naast elkaar berecht wil zien. Een afsplitsing van de overtreding is dan goed mogelijk. Met een alternatieve en vooral subsidiaire telastelegging maakt de OvJ in het algemeen duidelijk dat hij eerst het primair telastegelegde misdrijf behandeld wil zien en alleen als daarvoor geen veroordeling volgt de overtreding aan bod wil laten komen. Bij deze aan de feitenrechter overgelaten lezing van de telastelegging komt de rechtbank niet toe aan het subsidiaire feit als de rechter ter zake van het primair telastegelegde misdrijf veroordeelt.

<sup>33</sup> Ik wil de lezer het even originele als kansloze verweer van de verdachte uit Gendringen niet onthouden: 'ik ga met de biggen in de kruiwagen wandelen, want de avondlucht is goed voor zulke beesten'.

<sup>34</sup> De uitsluiting van dit beroep bij een primair-subsidiar ingerichte telastelegging, met als subsidiair feit de kantongerechts-overtreding, komt pas tot stand bij de wet van 2 oktober 1957, Stb. 1957, 383.

Met name bij culpoze delicten gecombineerd met een of meer overtredingen komen deze situaties voor. Primair wordt bijv. dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld telastegelegd en subsidiair een verkeersovertreding, die tevens een van de bouwstenen is van de culpa. Aan de verkeersovertreding sec komt de rechtbank niet toe nu zij veroordeelt voor het primair telastegelegde culpoze delict. Zie bijv. HR 20 maart 1899, W 7257, de rechtbank Rotterdam 31 oktober 1908, W 8822 en de rechtbank Dordrecht 25 juni 1920, NJ 1920, blz 1022.<sup>35</sup> Bij primair-subsidiair ingerichte telasteleggingen worden ne bis in idem-verwikkelingen bij voorbaat de pas afgesneden, als de rechtbank veroordeelt voor het primair telastegelegde. Als de rechtbank daarvan vrijspreekt of tot een o.v.a.r. beslist, ligt dat anders.

Deze laatste situatie doet zich voor in het arrest van de HR van 4 april 1910, W 9014. Drie heren worden bij de rechtbank vervolgd voor het in verschillende rollen deelnemen aan de verboden vereniging “de Zuid-Hollandsche Heerensociëteit” die een huis exploiteert waar roulette wordt gespeeld, althans voor het houden van een huis waar roulette gespeeld wordt. De rechtbank spreekt vrij van het primair telastegelegde misdrijf van het deelnemen aan een criminele organisatie (art 140 Sr) en verwijst, na een beroep daarop van de drie heren, de subsidiair telastegelegde overtreding naar de kantonrechter. De kantonrechter beslist vervolgens dat art 68 Sr van toepassing is.<sup>36</sup> De rechtbank volgt in hoger beroep deze opvatting echter niet om twee samenhangende redenen. Hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr ontbreekt en bovendien wordt door de verwijzing niet andermaal vervolgd. De Hoge Raad is het eens met de rechtbank, dat de overtreding verwezen wordt naar het kantongerecht. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat de vervolging voor de overtreding bij de kantonrechter niet door art 68 Sr wordt verhinderd, omdat deze een voortzetting is van de oorspronkelijke vervolging. Art 68 Sr kan alleen van belang zijn bij het andermaal vervolgen en dat is hier niet het geval.<sup>37</sup>

Bij de voortzetting van de behandeling van de overtreding bij het kantongerecht, zoals het WvSv dat voorschrijft in de periode tot 1926, kan art 68 Sr geen rol spelen.<sup>38</sup> Hierin onderscheidt zich deze rechtspraak van die waarin gedurende de gehele rechtsgang het misdrijf en de overtreding gescheiden rechtswegen volgen, bijvoorbeeld omdat de beide overtredingen in afzonderlijke p-v's door de verbaliserende opsporingsambtenaar zijn verzonden naar het parket. Alsdan wordt zowel voor als na 1926 meerdere keren vervolgd en kan art 68 Sr van toepassing zijn.

<sup>35</sup> In deze zaken is primair het culpoze misdrijf van dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld telastegelegd en subsidiair een of meer overtredingen die bouwstenen vormen voor de culpa.

<sup>36</sup> Vonnis van 29 juli 1909, W 8952.

<sup>37</sup> De A-G Ledeboer is van oordeel dat er in dit geval evenmin sprake is van hetzelfde feit ex art 68 Sr: het deelnemen aan een criminele vereniging die gelegenheid geeft tot gokspelen is niet dezelfde gedraging als het gezamenlijk houden of beschikbaar stellen van een huis voor gokspelen. De A-G vergelijkt conform de rechtspraak van de Hoge Raad de telastegelegde handelingen of gedragingen.

<sup>38</sup> Vgl. ook impliciet HR 20 maart 1899, W 7257.

Hieruit volgt dat het tot 1926 voor het OM aantrekkelijk is het misdrijf en de overtreding in een keer bij de rechtbank te vervolgen. Als de overtreding na een beroep daarop van de verdachte verder wordt berecht door de kantonrechter blijft deze berechting een onderdeel van dezelfde vervolging als die voor de rechtbank en kan art 68 Sr geen rol spelen. Een gecoördineerde vervolging voor de rechtbank wordt beloond met het rechterlijke oordeel dat zelfs na de verwijzing van de overtreding naar het kantongerecht art 68 Sr niet van toepassing kan zijn.

Onder het nieuwe WvSv van 1926 is de verwijzing vervangen door de onbevoegdverklaring door de rechtbank ter zake van de kantongerechtsovertreding als de verdachte daar een beroep op heeft gedaan. Een tweede vervolging moet voor de overtreding worden gestart bij het kantongerecht. Ne bis in idem-verwikkelingen zijn nu goed mogelijk, als de rechtbank intussen over het misdrijf een van de beslissingen in de zin van art 350 Sv heeft gegeven en dat vonnis inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan.

Het arrest van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014, W 12292 is hierover tot 1932 het enige arrest van de Hoge Raad onder het nieuwe WvSv. Een automobilist wordt voor de rechtbank Amsterdam vervolgd. Hem wordt telastegelegd dat hij met ongeveer 95 km per uur, in elk geval gezien het drukke verkeer zeer gevaarlijk, althans hoogst roekeloos, onvoorzichtig en lichtvaardig reed tegen een voor hem rechts, althans op het rechterhelft, althans midden op de weg rijdend motorrijtuig, waardoor zijn medeinzittende ernstige verwondingen opliep en korte tijd later is overleden, althans dat hij zeer snel heeft gereden, zonder bij het inhalen voldoende uit te wijken, waardoor de veiligheid op de weg in gevaar werd gebracht, althans dat hij zeer snel heeft gereden en bij het inhalen niet behoorlijk naar links is uitgeweken. De rechtbank veroordeelt de verdachte voor het culpoze misdrijf en verklaart zich onbevoegd voor de subsidiair en meer subsidiair telastegelegde overtredingen.<sup>39</sup> Het hof Amsterdam spreekt in hoger beroep vrij van het primair telastegelegde en bevestigt de onbevoegdverklaring door de rechtbank voor de kantongerechtsovertredingen.<sup>40</sup> Daarop wordt de verdachte opnieuw gedagvaard voor de beide in de eerste vervolging subsidiair en meer subsidiair telastegelegde overtredingen maar nu voor het kantongerecht. Zowel kantonrechter als rechtbank in hoger beroep passen art 68 Sr toe.

De Hoge Raad ziet geen reden het vonnis van de rechtbank te casseren. In de motivering van deze beslissing stelt de Hoge Raad dat de telastelegging van de overtredingen dezelfde is

---

<sup>39</sup> De onbevoegdverklaring is niet nodig omdat de rechtbank veroordeelt voor het primair telastegelegde misdrijf en niet meer hoeft toe te komen aan de subsidiair telastegelegde overtredingen. De onbevoegdverklaring is echter ook mogelijk als de rechter op grond van art 348 Sv eerst de bevoegdheidsvraag behandelt voor van alle onderdelen van de telastelegging. De uitleg van de telastelegging is in de regel voorbehouden aan de feitenrechter. Het hof moet uiteraard wel oordelen over de subsidiairen na de vrijspraak van het primair telastegelegde.

<sup>40</sup> Kennelijk is voor de overtredingen door de verdachte een beroep gedaan op de onbevoegdheid van rechtbank en hof.

als de subsidiairen in de eerste zaak, “terwijl in die zaak de primaire, subsidiaire en meer subsidiaire telastelegging betreft hetzelfde feitelijke gebeuren, hetzelfde materiele feit, in elk dier telasteleggingen op verschillende wijze omschreven naar gelang van de wettelijke omschrijvingen”. Hetzelfde materiele feit is voor de Hoge Raad het criterium waaraan de beide telasteleggingen worden getoetst. In dit arrest is niet de vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen beslissend maar het – onderliggende – feitelijke gebeuren, hetzelfde materiele feit. Bij dit ruime criterium moet ongetwijfeld hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr worden aangenomen, zoals de rechtbank dan ook had gedaan. Dit lijkt een weloverwogen keuze van de Hoge Raad te zijn. Het aanvankelijk subsidiaire karakter van de beide overtredingen heeft voor de Hoge Raad waarschijnlijk een doorslaggevende rol gespeeld.

De Hoge Raad acht de vergelijking van de telastegelegde handelingen in beide telasteleggingen bij culpoze delicten waarschijnlijk een te willekeurig uitgangspunt. Er kan in dit concrete geval m.i. zelfs aan getwijfeld worden of de Hoge Raad hetzelfde feit had aangenomen als de telastegelegde handelingen of gedragingen waren vergeleken. Met name het niet voldoende naar links uitwijken bij het inhalen komt in de telastelegging van het culpoze feit, waarvan in de eerste vervolging was vrijgesproken, niet uit de verf. Hoe dan ook, in dit arrest lijkt het pleit voor de eerste en enige keer beslecht te zijn in het voordeel van het materiele feit als toetsingsgrond van de Hoge Raad voor het bepalen van hetzelfde feit van art 68 Sr.

Het gevolg van dit arrest is dat het OM ter zake van de aanvankelijk subsidiair en meer subsidiair telastegelegde overtredingen niet-ontvankelijk wordt verklaard in de tweede vervolging. Dat levert een beperkte schade op. Slechts een veroordeling voor een overtreding is hierdoor uitgesloten.

Kort na de publicatie van dit arrest, wordt op 1 oktober 1931, NJ 1932, blz 908 het fameuze arrest van het hof Arnhem gewezen waarin het hof eveneens op basis van het criterium van hetzelfde materiele feit de vervolging van de misdrijven van de artt 184 en 285 Sr niet ontvankelijk verklaart, na een veroordeling van een overtreding door de kantonrechter. Het arrest van het hof Arnhem heeft daarna alle aandacht voor zich opgeist vanwege zijn ingrijpende gevolgen. Zie par. 6.2. Daarbij mag m.i. niet uit het oog worden verloren dat het de Hoge Raad is geweest die in het arrest van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014 het criterium van hetzelfde materiele feit heeft gebezigd en daarmee het Hof Arnhem de weg heeft gewezen.

#### Conclusies bij paragraaf 6.5

De invoering van het WvSv in 1926 is van groot belang geweest voor gezamenlijk bij de rechtbank aangebrachte misdrijven en overtredingen. Als de verdachte daar een beroep op doet moet de overtreding behandeld worden door de kantonrechter. De rechtbank verwijst onder het WvSv 1886 de overtreding naar de kantonrechter, waardoor geen ne bis in idem-verwikkelingen kunnen ontstaan, omdat de vervolging daar wordt voortgezet. Deze verwijzing wordt in het WvSv van 1926 vervangen door de onbevoegdverklaring met alle

beschreven consequenties vanden. Art 68 Sr kan nu van belang worden en is door de Hoge Raad van toepassing geacht in het arrest van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014. Bovendien kiest de Hoge Raad in dit arrest ter bepaling van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr niet voor een vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen, maar voor de toetssteen van hetzelfde feitelijke gebeuren, hetzelfde materiële feit. Deze combinatie van keuzes zal de Hoge Raad korte tijd later tot de slotsom brengen dat het feitsbegrip veel te ruim is geworden. Voor de in deze paragraaf besproken situatie zijn de consequenties sinds de invoering van het WvSv in 1926 overigens niet ingrijpend: alleen de overtredingen worden getroffen door de ne bis in idem-regel. Deze conclusie sluit dan ook aan bij die van paragraaf 6.4. Alleen het begin van het strafrechtelijke traject verschilt sinds 1926 van dat van de rechtspraak die behandeld is in de vorige paragraaf. Het slot niet: in beide paragrafen is de veronderstelling dat er een vonnis van de rechtbank met een beslissing in de zin van art 350 Sv over het misdrijf beschikbaar is en dat daarna vervolgd wordt voor de overtreding bij de kantonrechter.

### 6.6 Enkele opmerkingen over bijzondere regelingen

Tenslotte wijs ik op enkele bijzondere gevallen, waarin ne bis in idem-verwikkelingen kunnen ontstaan door specifieke regelingen over de absolute competentie. Ook zal in deze paragraaf een enkele rechterlijke beslissing over de relatieve competentie aan bod komen.<sup>41</sup>

Zo kan de verdeling van de absolute competentie tussen commune en fiscale overtredingen in die tijd ne in idem-problemen opleveren. Zowel onder de wetgeving van voor als na 1926 is de kantonrechter bevoegd ter zake van commune overtredingen, terwijl de rechtbank bevoegd is voor fiscale overtredingen. Zie de artt. 44 eerste lid en 56 eerste lid sub b van de wet RO. De rechtbank mag volgens de artt. 218 Sv 1886 en 349 tweede lid Sv 1926 tevens kennis nemen van overtredingen, als de verdachte geen beroep doet op de onbevoegdheid van de rechtbank. Als de fiscale en commune overtreding in een keer bij de rechtbank worden vervolgd, moet de rechtbank de zaken splitsen als de verdachte daarop een beroep doet. De rechtbank moet voor 1926 recht doen over de fiscale overtreding en moet de commune overtreding verwezen worden naar de kantonrechter. Na 1926 is dat een onbevoegdverklaring door de rechtbank voor de commune overtreding.

De beide soorten overtredingen volgen overigens regelmatig al van af het begin hun eigen weg door het rechtsbedrijf. Die gang van zaken wordt bij fiscale delicten gestimuleerd doordat de Rijksadvocaat namens de minister van financiën beslist over de vervolging van fiscale delicten bij de rechtbank. De ambtenaar van het OM bij het kantongerecht vervolgt intussen meestal sneller de commune overtredingen. Hierdoor kan het voorkomen dat beide

---

<sup>41</sup> Enkele voorbeelden kwamen al aan bod in paragraaf 6.2. In die voorbeelden werd eerst de commune overtreding berecht door de kantonrechter en daarna de fiscale overtreding door de rechtbank.

overtredingen onafhankelijk van elkaar vervolgd worden en art 68 Sr van toepassing kan zijn.

Ik vermeld hier als voorbeeld het tegenwoordig niet meer mogelijke – fietsen hebben geen belastingmerk meer – arrest van de Hoge Raad van 26 mei 1930, NJ 1930, blz 1437. Eerst wordt een transactie aangegaan ter zake van de kantongerechts-overtreding van het met een rijwiel rijden in de verkeerde richting. Terzake van deze overtreding kan o.a. hechtenis worden opgelegd. Daarna vervolgt de Rijksadvocaat namens de Minister van Financiën bij de rechtbank voor de fiscale overtreding van het rijden met het rijwiel zonder een geldig belastingmerk (!), waarvoor maximaal 25 gulden boete kan worden opgelegd. De Hoge Raad ziet hierin, in navolging van de feitenrechter eendaadse samenloop, waarbij op de commune, getransigeerde, overtreding de zwaarste hoofdstraf is gesteld en alleen deze bepaling van toepassing is.<sup>42</sup> De Hoge Raad neemt eendaadse samenloop in de zin van art 55 Sr aan, omdat het in beide afhandelingen gaat om “een enkele handeling” en dat is het rijden met het rijwiel. De bijkomende strafbepalende omstandigheden zijn hiervoor niet van belang. Daarom is volgens de Hoge Raad de niet-ontvankelijkheid van de Rijksadvocaat in zijn vervolging van de fiscale overtreding terecht.

De Hoge Raad kan in dit geval uiteraard niet de beide telasteleggingen vergelijken omdat door de transactie de vervolging wordt voorkomen. Wel blijft de Hoge Raad in dit bijzondere geval van eendaadse samenloop bij het tot dan toe gangbare criterium van dezelfde handeling.

In het arrest van het hof Leeuwarden van 22 april 1920, NJ 1920, blz 1003 geeft de verdachte iemand anders de opdracht een koe te slachten. Daarvoor ontbreekt de vereiste vergunning en bovendien is geen accijns betaald. Eerst wordt de opdrachtgever bij de kantonrechter vervolgd voor de commune overtreding van het slachten zonder vergunning. De kantonrechter komt in zijn vonnis tot een ontslag van rechtsvervolging. Geruime tijd later wordt de opdrachtgever bij de rechtbank vervolgd voor de fiscale overtreding van het laten slachten van de koe zonder betaling van accijns. De rechtbank ziet hierin hetzelfde feit: het niet betalen van de accijns is weliswaar een nieuw gegeven in vergelijking met de vroegere telastelegging, maar de materiële handeling, het slachten van de koe, is dezelfde.

Het hof volgt de rechtbank hierin niet. Het hof overweegt dat de slachting wel deel uitmaakt van beide vervolgingen, maar dat niet hetzelfde feit ex art 68 Sr aanwezig is. Het gaat nu om het opdracht geven tot het slachten zonder accijns te betalen, “alzo geheel van fiscaal aard”, terwijl de eerdere vervolging het opdracht geven tot het slachten zonder vergunning betrof. Het fiscale karakter van de accijnsovertreding wijkt in de opvatting van

---

<sup>42</sup> De weg van de eendaadse samenloop wordt hier waarschijnlijk bewandeld omdat de fiscale rechter de transactie voor de commune overtreding mede als voorwerp van onderzoek heeft gezien. Dat was tot 1933 in de opvatting van de Hoge Raad mogelijk. Daarna kan de niet-ontvankelijkheid van de Rijksadvocaat alleen gebaseerd zijn op art 74 Sr j° 68 Sr, als er een gewijsde is over de commune overtreding. De rechter mag sindsdien alleen op de grondslag van de telastelegging recht doen. De “omweg” via de eendaadse samenloop is dan bij voorbaat uitgesloten.

het hof kennelijk zozeer af van de commune overtreding van het opdracht geven tot slachten van de koe dat hetzelfde feit ontbreekt. De begeleidende strafrechtelijke omstandigheden acht het hof doorslaggevend om niet hetzelfde feit aan te nemen. Het hof wijkt m.i. in dit arrest af van de standaardjurisprudentie van die tijd. De Hoge Raad vergelijkt in die tijd immers de telastegelegde gedragingen met abstrahering van de strafrechtelijke begeleidende omstandigheden.

In het arrest van het hof Arnhem van 6 december 1923, NJ 1924, blz 280 wordt iemand eerst door de rechtbank veroordeeld voor het 's nachts rijden in een voertuig zonder dat het nummerbord aan de achterzijde van het motorrijtuig helder is verlicht; dat levert de fiscale overtreding op van art 5 van het Motorkentekenbewijs. Na een reeks van procesverwikkelingen moet hij daarna voor het hof Arnhem terechtstaan wegens de overtreding van het op dezelfde tijd en plaats rijden met dat motorrijtuig zonder dat twee lantaarns, die voorwaarts wit licht uitstralen, de commune overtreding van art 14 van de Motor- en Rijwielwet. Het Hof verklaart de ambtenaar van het OM niet ontvankelijk omdat twee keer vervolgd wordt voor hetzelfde feit; volgens het Hof is er sprake van “één handeling, één omissie, namelijk het rijden zonder enig licht”. Het hof vergelijkt de telastegelegde gedraging of handeling en dat is het rijden zonder lichten. Daarbij abstraheert het hof van de strafbepalende omstandigheid van het onverlicht zijn van resp. het – fiscale – nummerbord en de commune voorverlichting. Het hof toetst daarmee de beide telastegelegde gedragingen. Het arrest ligt dan ook in de lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad in die tijd.<sup>43</sup>

Af en toe doen zich in de sfeer van de relatieve competentie vergelijkbare verwikkelingen voor rond art 68 Sr als bij absolute competentie. Dat is bijv. het geval als meerdere rechtbanken zich bevoegd verklaren kennis te nemen van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr.

Zo is het mogelijk dat een verbalisant twee p-v's opmaakt en deze zendt naar verschillende parketten en de beide zaken bij twee verschillende rechtbanken worden vervolgd. Als de rechter in de tweede vervolging van oordeel is dat beide vervolgte feiten hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr opleveren en het eerste feit inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan, moet het OM in de tweede vervolging niet-ontvankelijk verklaard worden. Zie bijv. de rechtbank Tiel d.d. 17 september 1896, W 6869.

De relatieve competentie speelt ook een rol in HR 29 april 1907, W 8539. Een dame wordt eerst verweten in Haarlemmermeer een paardendeken te hebben gestolen althans te hebben geheeld. De heling zou hebben plaatsgevonden door een van die deken gemaakte rok ten geschenke aan te nemen. De rechtbank Haarlem spreekt haar vrij van de primair telastegelegde diefstal en verwijst de subsidiair telastegelegde heling naar de rechtbank Utrecht,

---

<sup>43</sup> Zie ook het vonnis de politierechter den Haag van 13 januari 1930, NJ 1930, p. 888, die conform de rechtspraak van de Hoge Raad hetzelfde feit ex art 68 Sr ziet in de commune overtreding van het rijden met een motorrijwiel terwijl niet voldaan is aan enkele inrichtingseisen en het fiscale delict van het rijden zonder belasting te betalen.



omdat ter zitting blijkt dat de heling is gepleegd zou zijn binnen dat rechtsgebied. De Hoge Raad onderschrijft deze verwijzing met het argument dat de relatieve competentie niet bepaald wordt door de telastegelegde plaats, maar door de plaats waar het gebeurde in feite plaats zou hebben gevonden en dat is voor de heling Mijdrecht in het arrondissement Utrecht. Omdat de helingszaak verwezen is en dezelfde vervolging daardoor voortduurt kan art 68 Sr niet van toepassing zijn. Er is geen sprake van bis in idem.

#### Conclusies over par. 6.6

Meerdere vervolgingen kunnen ontstaan door bijzondere competentieregels. Dat is gedemonstreerd aan de hand van enkele voorbeelden. Zo is de rechtbank bevoegd kennis te nemen van fiscale overtredingen en de kantonrechter van commune overtredingen. Dat kan leiden tot twee vervolgingen en verwikkelingen rond art 68 Sr. Andere voorbeelden zijn terug te vinden in par. 2.

De vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen is volgens de Hoge Raad bepalend voor de vraag of hetzelfde feit aanwezig is. Bijkomende strafbepalende omstandigheden zijn hiervoor niet van belang. Na een transactie gelden dezelfde spelregels ook al kunnen dan vanzelfsprekend niet twee telasteleggingen worden vergeleken.

Een tweetal rechterlijke beslissingen in verband met de relatieve competentie bevestigt de heersende rechtspraak van de Hoge Raad uit die tijd.

### *Hoofdstuk 7*

#### 7.1. Algemene conclusies over de rechtspraak met betrekking tot het feitsbegrip van art 68 Sr tussen 1886 en 1932

Het feitsbegrip van art 68 Sr is tussen 1886 en 1932 in de lagere rechtspraak in hoofdzaak op twee manieren uitgelegd. De ene interpretatie is die van het materiële feit, hetzelfde feitelijke gebeuren. De andere is die van dezelfde telastegelegde handeling of gedraging.

De eerste interpretatie is heel ruim: alles wat op dezelfde tijd en plaats is gebeurd, valt onder dit feitsbegrip. Een treffend voorbeeld hiervan is het arrest van het hof Arnhem van 1 oktober 1931, NJ 1932, blz 909. Nadat de kantonrechter voor een overtreding van een vervoersverbod heeft veroordeeld, is het OM niet-ontvankelijk terzake van de bij de rechtbank aangebrachte misdrijven van art 184 en 285 Sr. Kort daarvoor had de Hoge Raad – zij het eenmalig – dezelfde uitleg gegeven aan hetzelfde feit in het veel minder spectaculaire arrest van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014.

De tweede interpretatie is van 1886 tot 1931 de standaardrechtspraak van de Hoge Raad geweest: het feitsbegrip van art 68 Sr wordt beoordeeld aan de hand van de telastegelegde handelingen of gedragingen. Deze opvatting kent daarmee twee beperkingen in vergelijking met het materiële feit. Alleen de beide telasteleggingen worden vergeleken zonder de onderliggende feitelijke gang van zaken in de overwegingen te betrekken. Bovendien wordt deze vergelijking nader beperkt tot de daarin opgenomen handelingen of gedragingen. Deze

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

vergelijking levert een belangrijke beperking op van het feitsbegrip in vergelijking met de uitleg van feit als het materiële feit. Alleen als de beide telasteleggingen dezelfde handeling of gedraging vermelden, is hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr aanwezig. Het standaardarrest van de Hoge Raad hierover is dat van 3 december 1917, NJ 1918, blz 26 maar ook uit vele andere behandelde arresten blijkt dit criterium van de Hoge Raad, te beginnen met het arrest van 13 april 1891, W 6020.

Voor het bepalen van dezelfde telastegelegde gedraging wordt het lijdend voorwerp meegenomen. Hierdoor kan hetzelfde feit eerder ontbreken. Als de verdachte in beide telasteleggingen het op dezelfde tijd en plaats vervoeren van maïs wordt verweten, neemt de Hoge Raad hetzelfde feit aan. Maar zou de ene keer het verboden vervoer van spek en de andere keer het gelijktijdig gepleegde verboden vervoer van varkens zijn telastegelegd dan kan niet hetzelfde feit worden aangenomen.

Bijkomende strafbepalende omstandigheden blijven bij de vergelijking van de telasteleggingen buiten beschouwing, zodat bij verschillen tussen deze omstandigheden toch hetzelfde feit aanwezig kan zijn. Zo is in het arrest van de Hoge Raad van 18 december 1916, NJ 1917, blz 115 sprake van hetzelfde feit omdat in beide vervolgingen het vervoer van maïs is telastegelegd. Dat in de eerste telastelegging de commune overtreding van het verboden vervoer van de maïs richting grens is opgenomen en in de tweede telastelegging hetzelfde vervoer van de maïs zonder (fiscale) geleidebrief is voor het feitsbegrip van art 68 Sr niet van belang. In het tegenwoordig nog regelmatig aangehaalde arrest van 3 december 1917, NJ 1918, blz 26 wordt daarentegen niet hetzelfde feit aangenomen omdat de telastegelegde gedragingen verschillen. De in de tweede telastelegging genoemde poging tot uitvoer van spek is een andere gedraging dan het zich bevinden in verboden gebied van de eerste telastelegging.

Het aantal keren dat de Hoge Raad hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr heeft aangenomen op basis van de vergelijking van de vergelijking van de telastegelegde gedragingen of handelingen is in zo'n 40 jaren beperkt tot een tweetal arresten. Het gaat in beide gevallen om een bijkomende voorwaarde van strafbaarheid. Het ene arrest speelt in de sfeer van de teleurstellingsrechtspraak. In het arrest van de Hoge Raad van 13 april 1891, W 6022 was de OvJ vergeten in de eerste telastelegging op te nemen dat de verdachte de gedraging had gepleegd "zonder dat hij daartoe enig recht had". Dat manco werd in de tweede telastelegging verholpen. Het andere arrest betreft een competentiegeval. In het arrest van de Hoge Raad van 8 december 1916 ging het weliswaar om heel verschillende delicten, maar deze verschillen werden alleen veroorzaakt door de uiteenlopende bijkomende voorwaarden van strafbaarheid. In alle andere arresten over hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr heeft de Hoge Raad niet hetzelfde feit aangenomen. Dat steeds weer op basis van de vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen.

Een uitzondering in criterium en ook in uitkomst is te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad over een onjuiste vermelding van tijd of plaats in de eerste telastelegging. Een tweede vervolging is dan wel steeds uitgesloten op grond van art 68 Sr, zoals bleek uit de drie in hoofdstuk 4 par. 1 genoemde arresten van de Hoge Raad. Op basis van het criterium

van de feitelijke eenzelvigheid volgt een niet-ontvankelijkheid van het OM in de tweede vervolging. Alleen op dit specifieke onderdeel wijkt de Hoge Raad af van het criterium van de vergelijking van de telastegelegde gedragingen.

Bij voortdurende delicten neemt de Hoge Raad daarentegen door het ontbreken van feitelijke eenzelvigheid in geen enkel geval hetzelfde feit aan, zoals in hoofdstuk 5 is gebleken.

Deze rechtspraak functioneert uiteraard in een omgeving, waarin andere regelingen bepalen of het tot een tweede vervolging komt. Ik breng hier de meest markante voorbeelden in herinnering.

Om te beginnen zijn dat de wettelijke regelingen over de rechterlijke organisatie. Die zijn in Hoofdstuk 6 aan de orde gekomen. De kantonrechter en rechtbank zijn in beginsel bevoegd ter zake van verschillende soorten strafbare feiten. De in art 218 WvSv 1886 opgenomen mogelijkheid dat de rechtbank misdrijven en overtredingen in een keer kan berechten, is in art 349 WvSv 1926 gecontinueerd. Deze faciliteit wordt bij elk soort telastelegging teniet gedaan als de verdachte een beroep doet op de onbevoegdheid van de rechtbank ter zake van de overtredingen. Daardoor kan twee keer vervolgd worden en kan art 68 Sr van belang worden.

Bijzonder voor die tijd is dat de rechter volgens de Hoge Raad zijn bevoegdheid niet alleen moet bepalen op de grondslag van de telastelegging maar tevens op basis van het onderzoek ter zitting. Als de kantonrechter gebleken is van een in eendaadse samenloop begaan misdrijf moet hij in de opvatting van de Hoge Raad de zaak verwijzen naar de rechtbank of zich onbevoegd verklaren. Hierdoor kan de rechtbank in een keer van alle strafbare feiten kennis nemen. Ook bij een onbevoegdverklaring komt art 68 Sr niet aan bod, omdat de onbevoegdverklaring geen beslissing over de zaak zelf inhoudt. In de lagere rechtspraak komt van deze onbevoegdverklaring steeds minder terecht. Dat hangt samen met het toenemend inzicht dat niet de rechter maar het OM het voorwerp van onderzoek ter zitting bepaalt. De Hoge Raad gaat op dit punt pas om in 1933.

Het opportuniteitsbeginsel is overigens in die tijd nog niet goed tot ontwikkeling gekomen: het OM wordt geacht elk strafbaar feit te vervolgen, waardoor het regelmatig voorkomt dat het misdrijf en de overtreding, die bij gelijktijdige berechting eendaadse samenloop zou opleveren, bij verschillende rechterlijke instanties vervolgd worden. Daaraan levert de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht een eigen bijdrage door regelmatig overtredingen te vervolgen, zonder oog te hebben voor het in eendaadse samenloop begane misdrijf.

Ten aanzien van de teleurstellingsrechtspraak van Hoofdstuk 4 is het van belang te vermelden dat in het WvSv 1886 een regeling ontbreekt op basis waarvan ter zitting wijzigingen in de telastelegging kunnen worden aangebracht. Daardoor wordt bevorderd dat pas door een tweede vervolging “ongelukken” in de eerste telastelegging kunnen worden gerepareerd en art 68 Sr van toepassing kan zijn. Daarvan zijn in hoofdstuk 4 allerlei voorbeelden gegeven. In het WvSv van 1926 biedt art 313 tweede lid de mogelijkheid dat de

telastelegging wordt gewijzigd voor het requisitoir in eerste aanleg. Deze bepaling blijkt echter lang niet altijd afdoende, nu zich ook na 1926 regelmatig teleurstellingsgevallen blijven voordoen en art 68 Sr in de tweede vervolging van toepassing kan zijn.

## 7.2 Evaluatie

De Hoge Raad kiest bij de uitleg van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr voor het criterium van dezelfde telastegelegde gedraging of handeling in beide vervolgingen. Hetzelfde feit is door de Hoge Raad van 1886 tot 1931 niet gezien als hetzelfde materiële feit.

Aan het criterium van de telastegelegde handeling of gedraging zijn verschillende bezwaren verbonden. De handeling of gedraging is slechts een deel van wat zich heeft voorgedaan op een bepaalde tijd en plaats, al is dat wel het belangrijkste onderdeel van een strafbaar feit. Bijkomende voorwaarden van strafbaarheid leggen daarentegen geen enkel gewicht in de schaal terwijl dat regelmatig bestanddelen van delicten zijn.<sup>44</sup> Verder is het soms betrekkelijk willekeurig in welke bewoordingen de gedragingen van de telasteleggingen zijn weergegeven. Hierdoor kan in het ene geval min of meer toevallig wel en in een ander geval niet hetzelfde feit worden aangenomen. Belangrijker is dat de werkwijze van de Hoge Raad geen recht doet aan de onderliggende werkelijkheid. Deze wordt door het OM immers verknipt tot procesrechtelijk bruikbare telasteleggingen. De belangrijkste reden om toch te kiezen voor de vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen zal voor de Hoge Raad tussen 1886 en 1931 wel zijn geweest dat het feitsbegrip bij de interpretatie van het materiële feit veel te ruim zou zijn en in de bestaande competentieconstellatie tot onaanvaardbare resultaten zou leiden. Dat is met name het geval als ernstige misdrijven in de tweede vervolging aan bod komen na een vonnis van de kantonrechter. Een bijkomend voordeel van het standpunt van de Hoge Raad is dat de telastegelegde handelingen of gedragingen in cassatie beoordeeld kunnen worden, terwijl dat niet bij het materiële feit regelmatig niet het geval is gelet op de papieren muur. Als de feitelijke gegevens, die nodig zijn voor het materiële feit, voor de Hoge Raad wel beschikbaar zijn, kunnen deze gegevens bovendien in cassatie slechts marginaal getoetst worden.

Het feitsbegrip van art 68 Sr is in de opvatting van de Hoge Raad van 1886 tot 1931 al met al veel beperkter dan in de huidige literatuur wel wordt aangenomen. De Hoge Raad kiest in die tijd niet voor het materiële feit, maar voor de vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen. Het handelingsbegrip waartoe het lijdend voorwerp ook wordt gerekend is veel beperkter dan het materiële feit, terwijl de eis dat de telasteleggingen daarvoor moeten worden vergeleken een tweede beperking inhoudt. De *procesrechtelijke* beperking tot de vergelijking van de beide telasteleggingen heeft ten gevolge dat hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr veel vaker ontbreekt dan wanneer hetzelfde feit als hetzelfde

<sup>44</sup> Dat is een belangrijk verschil met het huidige feitsbegrip, waarin de bijkomende voorwaarde van strafbaarheid ten gevolge kan hebben dat de strafbare feiten wezenlijk van elkaar verschillen, waardoor hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr ontbreekt.

materiële feit wordt uitgelegd. Telasteleggingen worden bovendien op strafbare feiten afgestemd, zodat de oriëntatie op de in de telasteleggingen verwerkte strafbare feiten en door het OM gekozen variant(en) binnen een strafbaar feit voor de hand ligt.<sup>45</sup> De rechtspraak van de Hoge Raad over het feitsbegrip van art 68 Sr tussen 1886 en 1931 is al met al veel genuanceerder dan tegenwoordig wel wordt aangenomen. De Hoge Raad neemt slechts een enkele keer hetzelfde feit aan in de zin van art 68 Sr, ook al betreft de tweede vervolging hetzelfde feitelijke gebeuren! De in de hoofdstukken 4 en 6 besproken rechtspraak illustreert dat.<sup>46</sup>

Op 9 februari 1931 NJ 1931, blz 1014 wijst de Hoge Raad het enige arrest waarin wordt gekozen voor het criterium van de materiële gedraging, zonder de vergelijking van de telastegelegde gedragingen daarbij te betrekken. In dit geval wordt hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr aangenomen. Het enige maanden later gewezen bekende arrest van het hof Arnhem van 1 oktober 1931, NJ 1932, blz 908 volgt het arrest van de Hoge Raad. Het arrest van het hof Arnhem trekt vervolgens alle aandacht, omdat door het vonnis van de kantonrechter over een overtreding de vervolging van twee misdrijven voor de rechtbank afstuit op een niet-ontvankelijkheid van het OM. Dat wordt algemeen gezien als een onaanvaardbare uitkomst.

Met name het arrest van het hof Arnhem uit 1931 levert voor de Hoge Raad daarna de munitie op het feitsbegrip van art 68 Sr inhoudelijk te beperken. De voorzet voor deze ommezwaai had de Hoge Raad zelf gegeven in het genoemde arrest van 9 februari 1931. Toen werd de vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen “opgeblazen” en was de Hoge Raad voor één keer overgestapt naar het criterium van het materiële feit. De Hoge Raad is vervolgens waarschijnlijk zo geschrokken van de gevolgen voor de betrokken misdrijven in de Arnhemse zaak, dat het feitsbegrip daarvan *inhoudelijk* “de dupe” is geworden: vanaf 1932 kiest de Hoge Raad er grosso modo voor de strekking van de strafbare feiten met elkaar te vergelijken. De Hoge Raad komt in de periode tussen 1932 en ongeveer 1960 zelden tot hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr. De strafprocesrechtelijke nuancering van voor 1931 wordt, na het intermezzo van 1931, in 1932 ingeruild voor een inhoudelijk armzalig feitsbegrip, waarin beslissend is of de betrokken strafbare feiten dezelfde strekking hebben. Door deze bijzonder restrictieve interpretatie van het feitsbegrip van art 68 Sr valt de rechtsbescherming vanaf 1932 nogal tegen die deze bepaling te bieden heeft.

Deze restrictieve interpretatie van het feitsbegrip vanaf 1932 komt de Hoge Raad goed uit nu de rechter een jaar later zijn bevoegdheid niet meer mag beoordelen buiten de telastelegging om. Door de nieuwe op de strafbare feiten georiënteerde uitleg van het feitsbegrip blijft art 68 Sr vrijwel steeds buiten toepassing en is deze bepaling nauwelijks meer een hindernis voor de rechter om te beslissen op de grondslag van de telastelegging.

<sup>45</sup> Daarmee wordt al een voorzetje gegeven voor de rechtspraak van de Hoge Raad na 1932. Het grote verschil blijft dat na 1932 de vergelijking van de telasteleggingen uitsluitend de strafbare feiten betreft.

<sup>46</sup> Een uitzondering geldt voor de in Hoofdstuk 4 par. 1 besproken fouten in de vermeldingen van de tijd of plaats in de eerste telastelegging.

De gekozen indeling van deze bijdrage laat zien dat de aanleiding voor de overstap van de Hoge Raad in 1932 naar de inhoudelijk restrictieve uitleg van het feitsbegrip gelegen is in de hoogst ongelukkige uitkomst van een aantal in par. 6.2. besproken competentiegevallen in de lagere rechtspraak. In deze gevallen is eerst de overtreding door de kantonrechter afgedaan, terwijl daarna vervolgd wordt voor soms ernstige misdrijven. In de lagere rechtspraak is dan op gezette tijden het criterium van het materiële feit gebezigd voor het feitsbegrip van art 68 Sr. Te vaak zal naar de zin van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak hetzelfde feit zijn aangenomen door de feitenrechter op basis van het criterium van het materiële feit, zonder dat beroep in cassatie is ingesteld. Daardoor heeft de Hoge Raad onvoldoende greep gekregen op die rechtspraak. Deze rechtspraak is in ieder geval Taverne, raadslid van de Hoge Raad en tevens annotator, een doorn in het oog geweest.

De Hoge Raad zelf heeft tussen 1886 en 1931 op basis van de vergelijking van de telastegelegde gedragingen of handelingen zelden hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr aangenomen. Dat is afgezien van de jurisprudentie over tijd en plaats slechts twee keer gebeurd.

De Hoge Raad en het hof Arnhem hanteren in 1931 het ruime feitsbegrip van dezelfde materiële gedraging. Deze arresten vormen de springlading voor het ontploffen van het ruime feitsbegrip. Lange tijd daarna is bij eenzelfde tijd en plaats de strekking van de betrokken strafbare feiten het criterium geweest voor het bepalen van hetzelfde feit van art 68 Sr.

Het geringe belang van de ne bis in idem-regel na 1932 wordt enige tijd na de Tweede Wereldoorlog een halt toegeroepen. Het toegenomen inzicht in de betekenis van mensenrechten heeft in 1950 geleid tot de totstandkoming van het EVRM.<sup>47</sup> Anders dan in art 14 zevende lid van het IVBPR, wordt de ne bis in idem-regel in de tekst van het EVRM niet erkend. Dat gebeurt pas door art 4 van het Zevende Protocol bij dit Verdrag, dat tot stand is gekomen op 22 november 1984, Trb. 1985, 2. Dit Protocol is in Nederland nog steeds niet in werking getreden.<sup>48</sup> Daarmee behoort Nederland tot de achterhoede van de Europese landen.

Dit neemt niet weg dat 1954 voor het Nederlandse ne bis in idem m.i. een historisch jaar is geworden. Toen nam de Hoge Raad in het arrest van 13 april 1954, NJ 1954, 369 de principiële beslissing dat de rechtsbescherming van art 68 Sr en in het bijzonder het feitsbegrip aan de hand van de *strekking* van art 68 Sr *autonoom* moet worden vastgesteld. Daarmee zal met name een redelijke rechtsbescherming van de verdachte zijn bedoeld. In het onderhavige geval had de rechtbank vrijgesproken van het misdrijf van zwaar lichamelijk letsel door schuld. De daarna bij de kantonrechter berechte overtredingen eindigden in een

<sup>47</sup> Verdrag van Rome, 4 november 1950, Trb. 1951, 154. Inwerkingtreding voor Nederland op 31 augustus 1954.

<sup>48</sup> Waarschijnlijk hangt dit uitstel samen met art 2 van het Protocol, waarin het recht op rechtsmiddelen wordt gegarandeerd. Nederland betwijfelt of de huidige rechtsmiddelen tegen de bestuurlijke boete in overeenstemming zijn met art 2 van het Protocol. Tegen art 4 bestaan geen Nederlandse bedenkingen.

niet-ontvankelijkheid van het OM, omdat hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr werd aangenomen.<sup>49</sup>

De Hoge Raad erkent in dit arrest principieel dat het feitsbegrip niet mag worden opgeofferd aan de noden van het rechtsbedrijf. Dat was door de beperkte uitleg van het feitsbegrip van art 68 Sr na 1932 juist wel gebeurd, omdat het voor de Hoge Raad onacceptabel was dat een veroordeling door de kantonrechter voor een overtreding tengevolge had dat de vervolging van ernstige misdrijven door de rechtbank eindigt in een niet-ontvankelijkheid van het OM op grond van art 68 Sr.

Na het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1954 besluit de wetgever in 1957 art 349 tweede lid Sv zo te wijzigen dat het beroep van de verdachte op de onbevoegdheid van de rechtbank bij een subsidiair telastegelegde overtreding niet meer gehonoreerd wordt.<sup>50</sup> Daardoor krijgt de rechtbank sindsdien de kans de subsidiair (en alternatief) telastegelegde strafbare feiten in een keer te berechten.

Het arrest van de Hoge Raad van 1954 is het keerpunt geworden in de rechtspraak over hetzelfde feit van art 68 Sr. In dit geval wees de ne bis in idem-beslissing van de Hoge Raad op een manco in de competentieverdeling tussen rechtbank en kantongerecht. Die regeling is door de wetgever dan ook korte tijd later gewijzigd. Daarna zijn verschillende wetswijzigingen tot stand gekomen nadat door de rechtspraak van de Hoge Raad het *signaal* was gegeven dat het autonoom geïnterpreteerde feitsbegrip van art 68 Sr een niet-ontvankelijkheid van het OM met zich meebrengt. Het is aan de wetgever de betrokken competentieregels zo te wijzigen, dat alle strafbare feiten, die bij twee vervolgingen hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr zouden opleveren, in een keer berecht kunnen worden.<sup>51</sup>

Vastgesteld kan worden dat de Hoge Raad in 1932 het feitsbegrip heeft opgeofferd aan de noden van het rechtsbedrijf op het punt van de absolute competentie. Er is toen niet eens gedacht aan de mogelijkheid de competentieregels aan te passen en de reikwijdte van ne bis in idem regel autonoom te vast te stellen!

Tenslotte plaatsen we aan de hand van de besproken rechtspraak tussen 1886 en 1932 enkele kanttekeningen bij de vraag of het wenselijk is dat de rechtspraak het feit van art 68 Sr weer gaat uitleggen zoals de Hoge Raad deed voor 1932. De belangrijkste conclusie van deze bijdrage is dat de rechtspraak in ieder geval niet moet terugkeren naar het tussen 1886 en 1931 gebezigde feitsbegrip van de Hoge Raad, waarin de telastegelegde handelingen of

<sup>49</sup> Vgl het arrest van 9 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1014, *W* 12292, waarin de Hoge Raad, zij het eenmalig, het feitsbegrip in de zin van hetzelfde materiële feit gebruikt. Dat betrof evenals in het arrest van 1954 een zaak waarin een culpoos verkeersmisdrijf en aanvankelijk subsidiair telastegelegde verkeersovertredingen aan bod kwamen. In beide gevallen werd de vervolging voor de overtreding uitgesloten door art 68 Sr.

<sup>50</sup> Wetswijziging van 2 oktober 1957, *Stb.* 1957, 383.

<sup>51</sup> Zie hierover H.G.M. Krabbe, 'Over de signaalfunctie van de ne bis in idem-regel', *DD* september 2000, p. 655-670.

gedragingen werden vergeleken. Ik heb daarvoor eerder in dit Hoofdstuk enkele argumenten genoemd.

Een andere vraag is of feit in art 68 Sr tegenwoordig uitgelegd moet worden als het materiële feit, zoals dat in 1931 in de arresten van de Hoge Raad en van het hof Arnhem is gebeurd. Dat is een uitleg die aanzienlijk verder gaat dan de huidige rechtspraak van de Hoge Raad. In de huidige rechtspraak van de Hoge Raad spelen zowel de samenhang van het feitencomplex, met als exponenten het handelen en de schuld van de verdachte, als de strekking van de betrokken strafbare feiten een rol.<sup>52</sup> Bij de uitleg van het materiële feit zijn alleen de feitelijk vastgestelde eenheid van tijd en plaats van belang. De strekking van de strafbare feiten doet er niet meer toe, terwijl ook de samenhang in schuld van de verdachte niet meer van belang is.

Voor de ruime interpretatie is om meerdere redenen iets te zeggen. Het belangrijkste argument is uiteraard dat de rechtspositie van de verdachte hierdoor aanmerkelijk versterkt wordt. Daarmee wordt aan de strekking van art 68 Sr maximaal tegemoet gekomen. Verschillende in de lagere rechtspraak tot 1932 aangetroffen beslissingen waarin het feit van art 68 Sr is uitgelegd als het materiële feit demonstreren dat. Dat de regels over de absolute competentie daarop niet berekend waren, belette deze rechters niet het ruime criterium van dezelfde materiële gedraging als feitsbegrip van art 68 Sr te hanteren. In Hoofdstuk 6 zijn daarvan verschillende voorbeelden gegeven.

Ook de wetsgeschiedenis spreekt daarvoor. De wetgever heeft in 1886 gekozen voor de materiële gedraging als criterium van het feitsbegrip in art 68 Sr. De procesrechtelijke beperking in de rechtspraak van de Hoge Raad tussen 1886 en 1931 tot de telastegelegde handelingen of gedragingen is toen niet overwogen, maar is daarna door de Hoge Raad zelfstandig aan het criterium toegevoegd. In de huidige rechtspraak speelt de strekking van de betrokken delicten een eigen rol naast de feitelijke componenten van het feitsbegrip. Daarvan wilde de wetgever van het WvSr van 1886 juist niets weten. Het “fait juridique” uit het Franse recht werd afgezworen als criterium voor hetzelfde feit van art 68 Sr.

De rechtspraak van het EHRM over art 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM wordt ook wel gezien als een argument voor de ruime uitleg. Zie bijv. het Consultation Paper nr 156 d.d. 6 september 1999 van de Engelse Law Commission over Double Jeopardy, blz 22. In het voetspoor van de beslissing van het EHRM van 23 oktober 1995, series A nr. 328 C inzake Gradinger versus Oostenrijk spreekt deze commissie een voorkeur uit voor hetzelfde feitelijke gedrag als criterium voor het feitsbegrip van de ne bis in idem-regel. Na de Gradinger-beslissing heeft het EHRM over het feitsbegrip van art 4 een andere beslissing gegeven in de zaak Oliveira versus Zwitserland van 30 juli 1998 van het EHRM, RJD 1998 blz 1991-2001. Het hof stelt het vereiste van hetzelfde *strafbare* feit voor als het feitsbegrip

<sup>52</sup> Het huidige feitsbegrip kan op een onderdeel iets ruimer zijn dan hetzelfde materiële feit, omdat het huidige feitsbegrip ook mogelijk is als de tijdstippen van beide telasteleggingen niet identiek zijn. Die ruimte ontstaat doordat een “zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid” aanwezig kan zijn zonder algehele identiteit in de tijdsbepaling.



van art 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Dat zijn twee tegenstrijdige beslissingen van het EHRM. Het is daarom m.i. te vroeg uit deze beide beslissingen van het EHRM zulke vergaande conclusies te trekken als de Engelse Law Commission heeft gedaan.

Voordat het feitsbegrip van art 68 eerste lid Sr ruimer wordt geïnterpreteerd zullen bovendien eerst ook andere internationale consequenties onder ogen moeten worden gezien. Dat geldt in de eerste plaats uiteraard voor het tweede en derde lid van art 68 Sr. Maar ook de verdragen die Nederland heeft gesloten met andere, vooral Europese, landen moeten daarbij betrokken worden. Daarin zijn vrijwel steeds ne bis in idem-regelingen te vinden.<sup>53</sup>

Ook de wetgeving en rechtspraak van andere Europese landen worden steeds meer van belang. Als daar overwegend een en dezelfde uitleg wordt gegeven aan hetzelfde feit in de ne bis in idem-regel, zal Nederland zich moeten beraden op het eigen feitsbegrip van art 68 Sr.

Omdat in het arrest van het hof Arnhem het feitsbegrip was geïnterpreteerd als hetzelfde materiële feit en de vervolging voor twee misdrijven was uitgesloten, beperkte de Hoge Raad in 1932 het feitsbegrip van art 68 Sr. Na 1954 kiest de Hoge Raad een principieel andere weg in de verhouding tussen knellende competentieregels en het feitsbegrip van art 68 Sr. Het feitsbegrip wordt daarna door de Hoge Raad enigszins verruimd. Ongelukkige competentieregels moeten door de wetgever worden weggewerkt, terwijl de inhoud van het feitsbegrip van art 68 Sr autonoom moet worden bepaald.

De wetgever moet onder ogen zien welke gebreken in de competentieregels dat zijn. Dat is in Nederland vanaf ongeveer de vijftiger jaren van de vorige eeuw dan ook gebeurd, waardoor het gemakkelijker is geworden meerdere vervolgingen te voorkomen. Het ne bis in idem-regel wordt zo voorkomen en het feitsbegrip kan in de rechtspraak ruimer worden.

Als wetgevingsingrepen uitblijven kan de rechtspraak over art 68 Sr bij een ruimer feitsbegrip functioneren als het signaal aan de wetgever dat de betrokken regeling moet worden aangepast, zoals na het arrest van de Hoge Raad uit 1954 dan ook is gebeurd. Ook moet in de fase van de opsporing en de vervolging goed geanticipeerd worden op de bestaande mogelijkheden tot het in een keer afdoen van meerdere tegelijk begane strafbare feiten. Dat doen opsporingsambtenaren door alle strafbare feiten die op een en hetzelfde moment geconstateerd zijn in één p-v op te nemen. Het OM doet dat door deze feiten, zoveel als wettelijk mogelijk wordt gemaakt, in een keer te vervolgen.

Bij de besproken teleurstellingsrechtspraak van Hoofdstuk 4 zit de Nederlandse wetgever op de goede weg. In eerste aanleg mag de telastelegging sinds 1926 gerepareerd worden op grond van art 313 tweede lid Sv. Door de wetwijziging van 14 september 1995, Stb. 1995, 441 kan de telastelegging ook in hoger beroep voor het requisitoir gewijzigd worden. Daar-

<sup>53</sup> Zie o.a. art 54 van de overeenkomst van Schengen en allerlei Europese verdragen zoals art 9 van het Europees uitleveringsverdrag en Titel 5 van het Europees verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging.

door wordt meestal voorkomen dat in dit soort zaken twee keer wordt vervolgd. Deze stroomlijning van het strafprocesrecht heeft als keerzijde dat een aanvankelijk onjuiste vermelding in de telastelegging vrijwel altijd gerepareerd wordt en de verdachte geen profijt meer heeft van een aanvankelijk verkeerde vermelding in de telastelegging.

De regels van de absolute competentie blijven voor problemen zorgen zolang verschillende gerechten zich bevoegd kunnen achten voor meerdere strafbare feiten die door een en dezelfde gedraging zijn begaan. Daarbij sluit aan dat in de fase van de opsporing en vervolging nog steeds ongelukkig kan zijn geanticipeerd op de competentieregels.

Toch is ook bij de absolute competentie veel vooruitgang geboekt in het voorkomen van meerdere vervolgingen. De belangrijkste wetswijziging in dit verband is die van art 349 tweede lid Sv van 2 oktober 1957, Stb. 1957, 383, waardoor de rechtbank zich niet meer onbevoegd hoeft te verklaren bij subsidiaire (en alternatieve) telastegelegde overtredingen, als de verdachte daar een beroep op doet. Daarmee wordt voorkomen dat de in Hoofdstuk 6 par. 4 behandelde situatie zich voordoet dat de rechtbank zich onbevoegd moet verklaren ter zake van de subsidiair telastegelegde overtreding, na een beroep daarop door de verdachte. Vgl. het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1931, NJ 1931, blz 1014, W 12292.

De in Hoofdstuk 6 par. 2 besproken rechtspraak, waarin eerst een overtreding bij de kantonrechter wordt afgedaan en daarna het misdrijf bij de rechtbank wordt door de huidige wetgeving niet helemaal uitgesloten. Die situatie kan zich nog steeds voordoen als het OM eerst een vervolging instelt bij het kantongerecht voor een overtreding of terzake getransigeerd is. Als daarna vervolgd wordt bij de rechtbank voor een misdrijf kan dat hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr opleveren. Dat was in de periode tot 1932 in de opvatting van de Hoge Raad zelden het geval omdat hetzelfde feit alleen aanwezig was als de telastegelegde handelingen of gedragingen dezelfde waren. Dat was ook zo tussen 1932 en 1960 toen hetzelfde feit van art 68 Sr alleen aanwezig was als de strekking van de betrokken delicten identiek was. Maar vanaf ongeveer 1960 vaart de Hoge Raad met het feitsbegrip van art 68 Sr een iets ruimere koers.

Het OM heeft het tegenwoordig vrijwel altijd in eigen hand of alle betrokken strafbare feiten in een keer worden berecht door de rechtbank. Een goede coördinatie in de fase van de opsporing en de vervolging staat aan de basis van een berechting in een keer van alle betrokken misdrijven en overtredingen.

Hierop bestaat echter een uitzondering. Als de verdachte bij de rechtbank vervolgd wordt op basis van een cumulatieve telastelegging, waarin o.a een overtreding is opgenomen, en hij doet een beroep op de onbevoegdheid van de rechtbank, moet de rechtbank zich ter zake van deze overtreding onbevoegd verklaren. Als de kantonrechter daarna in een nieuwe vervolging de overtreding berecht moet hij, uiteraard alleen als er sprake is van hetzelfde feit in de zin van art 68 Sr, een niet-ontvankelijkheid van het OM uitspreken. Die situatie zal zich zelden voordoen alleen al omdat het OM in de regel voor deze overtreding niet meer afzonderlijk bij het kantongerecht gaat vervolgen op basis van het huidige opportuniteitsbeginsel, maar mogelijk blijft het wel.

Intussen is de afgelopen jaren een nieuw spook op de weg verschenen, dat een verruiming van het feitsbegrip van art 68 Sr kan bedreigen. In de vierde tranche van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht worden voor de bestuurlijke boete in de artt 5.4.1.4, 5.4.1.5 AWB en art 243 Sv algemene ne bis in idem-regels voorgesteld. In de tekst van de artt. 5.4.1.4 en 5.4.1.5 wordt voorgesteld voor het feitsbegrip de uitleg van “de gedraging” te kiezen. Dat suggereert dat de tekst van deze bepalingen het criterium van de materiële gedraging op het oog heeft. Maar uit de MvT blijkt dat het voorontwerp de uitleg wil koppelen aan de huidige interpretatie van het feitsbegrip van art 68 Sr. Uit de MvT bij het Voorontwerp blz 123 en 124 blijkt vervolgens dat daarmee vooral “de overtreding” is bedoeld. De beide overtredingen moeten vergeleken worden t.a.v. de vraag of ze soortgelijke rechtsbelangen beschermen. Dit criterium doet denken aan het restrictieve criterium van de Hoge Raad over het feitsbegrip van art 68 Sr vanaf 1932. Hoe dit ook zij, het criterium van de MvT bij het Voorontwerp van de AWB ligt ver af van het criterium van de materiële gedraging.<sup>54</sup>

Het door de regering op 8 juni 2000 ingediende wetsvoorstel 27181 over de herziening van de rechterlijke organisatie biedt geen zicht op veranderingen in de competentieverdeling tussen kantongerechten en rechtbanken. De huidige artt. 44 en 56 RO vervallen kennelijk in dit voorstel. Verder wordt het kanongerecht een sector van de rechtbank. Het WO volstaan wordt met art 2.3.1.5 waaruit blijkt dat de rechtbank in strafzaken voor alle strafbare feiten bevoegd is, tenzij de wet anders bepaalt. Die wet zal met name het Wetboek van Strafvordering worden. Er worden in het WO of de MvT geen aanwijzingen gegeven dat de competentieverdeling tussen de rechtbank en de sector kanton gaat veranderen.

Tenslotte kom ik nog een keer terug op de vraag of het aantrekkelijk is feit in art 68 Sr uit te leggen als dezelfde materiële gedraging. Dat doe ik aan de hand van de in de inleiding in noot 3 genoemde stelling 6 van het proefschrift van A.A. Franken. Daarin verdedigt hij dat de argumenten die hebben geleid tot de restrictieve interpretatie van het begrip “feit” in art 68 Sr inmiddels zijn achterhaald.<sup>55</sup> Met de restrictieve interpretatie bedoelt Franken de huidige rechtspraak, die ruimer is dan die van de Hoge Raad tussen 1932 en ongeveer 1960. Aan de wetgeving is vanaf 1957 inderdaad veel gedaan, zowel bij de teleurstellingsgevallen van hoofdstuk 4 als bij de competentiegevallen van hoofdstuk 6. Op dit punt heeft Franken het gelijk aan zijn zijde. Het vervolg van de stelling luidt: een terugkeer naar de voor 1932 geldende invulling behoeft niet op problemen te stuiten en komt de duidelijkheid ten goede. In de rechtspraak van de Hoge Raad tussen 1886 en 1931 zijn in constante jurisprudentie (ruim 40 jaren!) de telastgelegde handelingen of gedragingen vergeleken. Hierdoor is het feitsbegrip van art 68 Sr door de Hoge Raad in die tijd veel restrictiever uitgelegd dan bij de

<sup>54</sup> Deze algemene wet is voorafgegaan door verschillende bijzondere wetten waarin una-via en ne bis in idem-regels voor de bestuurlijke boete zijn opgenomen. Zie bijv. de verkeersrechtelijke WAHV.

<sup>55</sup> *Voeging ad informandum in strafzaken*, Tilburg, Gouda Quint, 1993. Hij kon toen nog niet weten dat de bestuurlijke boete voor nieuwe complicaties kan zorgen. Evenmin stond hem de eerste rechtspraak van het EHRM ter beschikking.

## HET FEITSBEGRIIP IN DE NE BIS IN IDEM-REGEL

interpretatie van het materiële feit. Als Franken deze vergelijking van de telastegelegde handelingen of gedragingen bedoelt dan betekent dat geen vooruitgang in vergelijking met het tegenwoordig door de Hoge Raad gehanteerde feitsbegrip. Als hij het materiële feitsbegrip bedoelt, is daar meer voor te zeggen. Maar dan moeten eerst alle consequenties van die opvatting nader onder ogen worden gezien. Dat lijkt meer een taak voor de wetgever dan voor de rechter. In de praktijk zal de rechter echter steeds weer met die vraag geconfronteerd worden omdat het niet waarschijnlijk is dat de wetgever iets van zich zal laten horen.

Mr. H.G.M. Krabbe

Groningen